UNIVERSITÉ DE NANCY
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

DE LA NATURE JURIDIQUE DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE

THÈSE

pour l'obtention du grade

de DOCTEUR EN DROIT

(Docteur d'Etat - Droit Privé)

présentée et soutenue publiquement le 9 Février 1966, à 14 h 30,

par

André LEUCK

Lauréat de la Faculté
Licencié ès-Lettres

Membres du Jury :

Président : **M. Pierre VOIRIN,** *Doyen Honoraire, Professeur*

Assesseurs **M. Denis TALLON,** *Doyen de la Faculté*
M. Paul LAGARDE, *Professeur*

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1967

DE LA NATURE JURIDIQUE DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555802_0002

UNIVERSITÉ DE NANCY
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

DE LA NATURE JURIDIQUE DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE

THÈSE

pour l'obtention du grade

de DOCTEUR EN DROIT

(Docteur d'Etat - Droit Privé)

présentée et soutenue publiquement le 9 Février 1966, à 14 h 30,

par

André LEUCK

Lauréat de la Faculté
Licencié ès-Lettres

Membres du Jury :

Président : **M. Pierre VOIRIN,** *Doyen Honoraire, Professeur*

Assesseurs **M. Denis TALLON,** *Doyen de la Faculté*
M. Paul LAGARDE, *Professeur*

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

UNIVERSITÉ DE NANCY

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

Doyen	M.	TALLON
Assesseur du Doyen	M.	DE MENTHON
Doyens honoraires	MM.	SENN, VOIRIN, ROBLOT
Professeurs honoraires	MM.	TROTABAS, LESCOT, WALINE, TEITGEN, J. MARCHAL, SENN, IMBERT.

MM.	VOIRIN Pierre	Professeur de Droit civil
	DE MENTHON François	Professeur d'Economie politique
	CHAUMONT Charles	Professeur de Droit international public
	ROBLOT René	Professeur de Droit commercial
	SEGUILLON Yves	Professeur d'Economie politique
	RAY Joanny	Professeur d'Economie politique
	VITU André	Professeur de Droit pénal
	COULOMBEL Pierre	Professeur de Droit civil
	FRIEDEL Georges	Professeur de Droit privé
	GRANGER Roger	Professeur de Droit social
	TALLON Denis	Professeur de Droit civil
	BOURCIER DE CARBON Luc	Professeur d'Economie politique
	DURAND-PRINBORGNE Claude	Professeur de Droit public
	GENDARME René	Professeur d'Economie politique
	JAQUET Paul	Professeur de Droit public
	COUDERT Jean	Professeur d'Histoire du droit - Droit Romain
	LEVY Denis	Professeur de Droit public
	BENTZ Jacques	Professeur de Droit public
	LAGARDE Paul	Professeur de Droit privé
	HOUSSIAUX Jacques	Professeur d'Economie politique

MM.	KOVAR Robert	Maître de conférences agrégé de Droit public
	CASANOVA Jean-Claude	Maître de conférences agrégé d'Economie politique
	MORICEAU Jean	Maître de conférences agrégé d'Economie politique
	BOYER Laurent	Maître de conférences agrégé d'Histoire du Droit - Droit Romain
	GROSS Bernard	Maître de conférences agrégé de Droit privé

MM.	GUYENOT Jean	Maître-assistant de Droit privé
	NORMAND Jacques	Chargé de cours de Droit privé
Mme	GAUDEMET-TALLON Hélène	Chargée de cours de Droit privé
M.	BLAISE Jean-Bernard	Chargé de cours de Droit privé
Mlles	LOGETTE Aline	Maître-assistante d'Histoire du Droit - Droit Romain
	MEYER Monique	Maître-assistante d'Economie politique
MM.	COLIN Jean-Pierre	Chargé de cours de Droit public
	CLAIR Pierre	Chargé de cours d'Economie politique
	MORAN Pierre	Chargé de cours d'Economie politique
	VONGLIS Bernard	Chargé de cours d'Histoire du Droit Romain
Mme	DUMONT Nadia	Chargée de cours d'Histoire du Droit - Droit Romain
MM.	BLOCH Georges Philippe	Chargé d'enseignement de Droit public
	BOURCIER DE CARON Philippe	Chargé d'enseignement d'Economie politique
	CHAPRIOL Franck	Chargé d'enseignement d'Economie politique

« La Faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans la thèse, ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur. »

ABRÉVIATIONS

Bull. Cass. Civ. . .	Bulletin des arrêts des Chambres Civiles de la Cour de Cassation.
C. civ.	Code Civil.
Civ.	Chambre Civile, Section Civile, de la Cour de Cassation.
Clunet	Journal du Droit International Privé, fondé par Clunet.
Com.	Section Commerciale et Financière de la Chambre Civile de la Cour de Cassation.
D.	Recueil Dalloz.
D.A.	Recueil Analytique Dalloz.
D.C.	Recueil Critique Dalloz.
D.H.	Recueil Hebdomadaire Dalloz.
D.S.	Recueil Dalloz et Sirey.
G.P.	Gazette du Palais.
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique — La Semaine Juridique — édition générale.
J.C.P.N.	Juris-Classeur Périodique — La Semaine Juridique — édition Notaires.
Journal Aud. Cass	Journal des Audiences de la Cour de Cassation ou recueil des arrêts de cette cour en matière civile et mixte (1791-1824).
J.N.	Journal des Notaires et Avocats.
R.C.D.I.P.	Revue Critique de Droit International Privé.
Revue Critique .	Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.
R.D.I.P.	Revue de Droit International Privé.
Req.	Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation.
R.G.N.	Répertoire Général et Pratique du Notariatet de l'Enregistrement fondé par Defrénois (1880-1965).
R.N.D.	Répertoire du Notariat Defrénois (depuis 1966).
R.T.C.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
S.	Recueil Sirey.
Trib. civ.	Tribunal Civil.

INTRODUCTION

1. — Il est en Droit Français quelques termes qui évoquent irrésistiblement l'époque médiévale. L'avancement d'hoirie est de ceux-là. Est-ce par crainte de l'archaïsme ? la doctrine répugne à user de l'expression. Elle lui préfère celle de « libéralité rapportable », ajoutant parfois, par une sorte de souci du pittoresque, semble-t-il, qu'un tel acte est dit « avancement d'hoirie ». Il est vrai que le Code Civil incite à la réserve; il n'emploie la qualification qu'une fois; encore est-ce incidemment (art. 511). Il est vrai que c'est le rapport qui constitue l'élément capital de l'avancement d'hoirie. L'avancement d'hoirie se présente essentiellement comme une libéralité sujette à restitution à la succession du disposant par le moyen d'un rapport; après le décès du donateur ou testateur, l'héritier gratifié remet le bien dans la masse, ou en restitue la valeur, afin de rétablir l'égalité héréditaire compromise.

De son côté, le rapport a été longtemps d'une telle énergie, mettant l'opération à néant, que l'avancement d'hoirie a gardé la réputation d'une disposition vouée à l'inefficacité. Il est devenu rare en pratique, délaissé au profit de techniques plus complexes, plus artificielles aussi, mais paraissant plus aptes à assurer la persistance de l'attribution du disposant, tels les préciputs égaux, les libéralités avec charges, voire les ventes. La renommée destructice du rapport a même laissé des traces dans la législation actuelle: certains textes hésitent à considérer l'avancement d'hoirie comme un désaisissement du disposant[1].

1[1]. Cf. l'art. 5 du décret du 7 oct. 1963, précisant les conditions d'attribution de l'indemnité viagère de départ dans le cas de la cession d'une exploitation agricole. Ce texte stipule que la donation ne pourra être prise en considération que si elle est effectuée avec dispense de rapport. Diverses circulaires interprétatives du Ministre de l'Agriculture ont dû proclamer qu'il ne s'agit que d'une dispense de rapport en nature et que l'avancement d'hoirie n'est pas interdit aux vieux agriculteurs. *V.* Réponse du Ministre de l'Agriculture, J.O. 1er juillet 1965, Débats Parlementaires — Sénat p. 928, et J.C.P.N. 1965.4.3913.

2. — Faut-il déduire de la mauvaise presse de l'avancement d'hoirie que celui-ci est dénué d'intérêt, et surtout qu'il ne présente pas l'intérêt global d'une institution ? Seul le rapport mériterait, à la rigueur, quelque attention ; l'avancement d'hoirie ne serait pas autre chose qu'une expression commode pour regrouper les cas dans lesquels une libéralité est soumise au rapport.

Une telle position ignorerait la portée des réformes apportées à la matière des libéralités par la loi du 7 février 1938 et le décret-loi du 17 juin 1938. Les lois de 1938 ont largement affranchi les libéralités de la tutelle du droit successoral. La méfiance du législateur à l'égard des initiatives du disposant s'est dissipée. L'avancement d'hoirie, qui, par son appellation même, s'affirme à la jonction des libéralités et des successions, s'en est trouvé particulièrement affecté. Un rapport d'ordre comptable a été largement substitué au rapport matériel. Désormais la libéralité laisse des traces évidentes. Le rapport n'apparaît plus que comme l'un des éléments d'un avancement d'hoirie consistant. Le terme n'a jamais été aussi lourd de sens.

L'avancement d'hoirie se présente comme un règlement anticipé de succession. Sa confrontation avec les règles, restées strictes, du droit successoral n'a pas tardé à faire apparaître des problèmes forts concrets, provoquant la réflexion du juriste. Les anomalies choquantes issues du mode d'établissement légal du montant du rapport en valeur, les excès des initiatives ouvertes au disposant, sont à la base d'un approfondissement de la connaissance de l'institution. Parallèlement des difficultés pratiques se sont fait jour à propos des autres libéralités atteintes par les réformes. Les structures du préciput et du partage d'ascendant ont suscité des recherches jurisprudentielles et doctrinales. Le domaine, assez peu connu jusque-là, des relations des libéralités et des successions a fait l'objet d'explorations fructueuses. La place primordiale de l'avancement d'hoirie est apparue.

3. — Il existe deux grandes conceptions de l'avancement d'hoirie. L'une, d'ordre essentiellement psychologique, est axée sur l'idée d'une avance consciente du disposant à l'héritier gratifié sur sa succession. L'autre, d'ordre technique, s'attache à l'imputation de la libéralité sur les droits successoraux du donataire ou légataire ; elle considère principalement les effets des modes de rattachement de l'acte à la dévolution successorale, les effets du rapport surtout, et aussi la prise en compte par la réserve — qui est le seul trait caractéristique de l'avancement d'hoirie à héritier unique.

La divergence entre les deux notions d'avancement d'hoirie est fréquente. L'intention de faire une avance successorale peut n'être suivie d'aucun rapport. Tel est le cas du partage d'ascendant, dispensé du rapport parce que soumis à d'autres techniques d'égalisation des attributions des héritiers. Tel est aussi le cas des libéralités adressées à des légataires universels ; ceux-ci ne doivent pas le rapport, même s'ils

sont héritiers présomptifs, le rapport n'ayant lieu que dans les successions déférées par la loi. Inversement le rapport peut intervenir sans avoir été précédé d'une intention d'avance de la part du disposant. Ainsi, le gratifié qui n'était pas successible à l'époque de la confection de la libéralité, doit le rapport, s'il se révèle héritier au décès du disposant (art. 846 C.civ.). De même la donation consentie à un collatéral héritier est soumise au rapport, bien qu'elle soit le plus souvent la marque d'une prédilection du donateur pour un parent qu'il veut favoriser. Le droit français conserve en effet des traces de l'égalitarisme forcené de la période révolutionnaire, bien qu'aujourd'hui le rapport soit fondé sur l'intention présumée du de cujus, qui veut en dispenser le gratifié en manifestant sa volonté de faire un préciput.

Par ailleurs, même lorsque la notion psychologique coïncide avec l'existence du rapport, l'avancement d'hoirie est soumis à un régime technique spécial, qui entraîne des conséquences assez peu conformes à l'idée d'avance. Notamment, le rapport ne bénéficie pas à l'ensemble de la succession; il n'est dû qu'aux héritiers ab intestat.

La notion juridique d'avancement d'hoirie est essentiellement d'ordre technique. Elle est constituée autour du rapport de la libéralité et de son imputation sur la part successorale de l'héritier gratifié. De là l'unité des dons et des legs en avancement d'hoirie. Psychologiquement le legs ne saurait être un avancement d'hoirie. Ne prenant effet que lorsque la succession est ouverte, il n'anticipe point. Mais le Code Civil lui applique le même régime qu'aux dons; les articles 843 à 869, qui règlent la question du rapport, ne distinguent pas entre les deux types de libéralités. Nous ne dissocierons pas davantage le legs et le don dans l'étude de l'avancement d'hoirie que nous nous proposons d'entreprendre.

4. — A une époque où, après vingt-cinq années d'application, les réformes de 1938 ont laissé paraître tous leurs effets, la physionomie de l'avancement d'hoirie doit pouvoir être enfin dégagée des brumes où la tient la désaffection de la doctrine et de la pratique. D'un regroupement des traits particuliers du régime de l'institution, il convient de s'efforcer de tirer une vue synthétique de l'avancement d'hoirie, une prise de conscience de sa nature juridique. Qu'en est-il de l'ambiguïté qu'annonce le terme d'avancement d'hoirie? Comment l'institution unit-elle les contraires que sont la libéralité d'une part et la transmission successorale d'autre part? Il s'agit à la fois d'approfondir notre connaissance du régime de l'avancement d'hoirie, d'élucider les points qui font encore question, de saisir l'utilité de l'opération et sa place par rapport aux actes semblables, et d'apprécier à la lumière d'une institution particulière l'équilibre entre l'autonomie de la volonté et les règles légales de la dévolution successorale dans la transmission du patrimoine des individus.

5. — La nature de l'avancement d'hoirie ne se laisse cerner que par des approches successives et convergentes à la fois, débouchant chacune sur l'un de ses aspects, donnant chacune une vue partielle de

l'institution. Une progression fructueuse de la recherche peut partir des résultats fort tangibles de l'avancement d'hoirie, de l'efficacité considérable de l'attribution qu'il opère, de la place primordiale qu'il a pris parmi les actes engageant l'avenir de la succession. Elle peut s'arrêter ensuite aux sources de l'institution, au titre dans lequel elle puise sa force, tirant parti de la querelle de la qualification de l'avancement d'hoirie pour la solution des conflits de lois et du grief de pacte sur succession future adressé à l'acte. L'étude peut enfin, à la lumière des enseignements tirés des problèmes concrets résolus précédemment, s'attacher aux éléments techniques qui constituent la structure de l'avancement d'hoirie, chercher à en découvrir l'imbrication et finalement le sens.

Nous nous proposons, après avoir brièvement rappelé les origines historiques de l'avancement d'hoirie, qui éclairent certains aspects actuels de l'institution, de suivre le plan suivant:

PREMIÈRE PARTIE: **L'avancement d'hoirie, allotissement efficace.** Examen de l'institution par ses résultats.

SECONDE PARTIE: **L'avancement d'hoirie, institution issue de la volonté.** Examen de l'avancement d'hoirie par ses sources.

TROISIÈME PARTIE: **L'avancement d'hoirie, institution autonome.** Examen de l'avancement d'hoirie par ses éléments techniques.

LIMINAIRE

ORIGINES DE L'INSTITUTION

6. — L'avancement d'hoirie, tel que nous le connaissons, est l'aboutissement d'une double évolution. En effet le Code Civil sur ce point comme sur beaucoup d'autres a synthétisé les règles des pays de droit écrit et celles des pays de coutume. Dans les derniers siècles de l'Ancien Régime les deux parties de la France connaissaient l'avancement d'hoirie. Mais c'est par des voies différentes qu'elles étaient parvenues à cette notion commune de libéralité rapportable afin de maintenir l'égalité entre les héritiers du disposant; et les divergences n'étaient pas négligeables. Les législateurs de la Révolution unifièrent brutalement, sur le fondement d'une idéologie rationaliste à l'excès. Mais quelques années plus tard, le Code Civil revenait à des considérations plus nuancées et tenant compte des enseignements de l'histoire. Il convient de suivre notre institution en Droit Romain (§ 1), en Droit Coutumier (§ 2), et en Droit Intermédiaire (§ 3).

§ 1. — **Droit Romain.**

7. — Dans le Droit Romain primitif, il ne pouvait être question d'un rapport par les héritiers à la succession du *de cujus*. Car dans la famille romaine ancienne, sont héritiers au premier chef les personnes qui se trouvent sous la *patria potestas* du père de famille défunt, et qui par conséquent sont *alieni juris* et ne peuvent rien acquérir pour elles-mêmes, ni donc rien rapporter. Mais l'évolution du droit successoral amena des circonstances favorables à l'institution d'un rapport[1]. Ce

7[1]. *V.* Lepointe, *Droit Romain et Ancien Droit Français — Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, 1958, n° 178-182; Popovilyeff, *Du rapport à succession des libéralités*, thèse Paris 1897, n° 1-29; A. Esmein, *De la collatio bonorum et de la collatio dotis, des rapports à succession*, thèse Paris 1872, pp. 1-149; De Caqueray, *Recherches historiques sur la théorie du rapport*, extrait de la Revue Historique du Droit Français et Etranger, 1859-1860, fascicule I.

fût d'abord la *collatio emancipati*, fort éloignée de notre rapport, puis la collatio dotis, qui évolua vers un véritable rapport, la *collatio descendentium*, qui s'étendit encore dans le Droit Ecrit de l'Ancienne France.

8. — La COLLATIO BONORUM EMANCIPATI est une création du droit prétorien. Selon la Loi des Douze Tables, succèdent au père de famille instestat — ou dont le testament est incorrect — les *heredes sui*. Le préteur intervint pour élargir le cercle des successeurs, en appelant les enfants émancipés, sortis de la puissance paternelle, à concourir avec les *sui*; il leur attribua la *bonorum possessio*, *unde liberi* ou *contra tabulas* suivant le cas[1]. Si la réforme s'était arrêtée là, elle eût créé au profit des émancipés un avantage abusif; car l'enfant resté en puissance n'a rien pu acquérir qui n'ait été versé dans le patrimoine du père de famille, alors que l'enfant émancipé s'est constitué des biens propres; cependant l'enfant resté en puissance va être obligé de partager l'héritage, où sont contenues toutes ses acquisitions, avec l'enfant émancipé. Le préteur remédia au préjudice qui pouvait résulter de sa réforme pour les *sui*, en astreignant l'émancipé à partager ses biens propres avec l'enfant *in potestate*, comme s'ils étaient compris dans la succession. C'est la *collatio bonorum emancipati*[2].

Cette *collatio bonorum* est fort différente de notre rapport. Elle n'a nullement pour objet d'établir une égalité entre les enfants du *de cujus*. La collation ne se fait pas à proprement dire à la masse successorale, à laquelle participent tous les successeurs, *sui* et émancipés, mais aux seuls *sui* qui ont obtenu le bénéfice de la *bonorum possessio* avec l'émancipé. De sorte que l'héritier sien en concours avec plusieurs émancipés reçoit plus que chacun de ceux-ci[3]. En outre la *collatio bonorum* porte sur tous les biens de l'émancipé, quelle que soit la cause de leur acquisition; les libéralités du *de cujus* peuvent y figurer, mais comme n'importe quelle acquisition.

La *collatio bonorum* est cependant à l'origine du rapport par sa technique. Car elle est une institution dont l'objet est la répartition de biens appartenant à l'un des successeurs entre lui-même et certains de

---

8[1]. *Unde liberi* dans le cas d'une succession *ab intestat*; *contra tabulas* dans le cas d'un testament incorrect, ayant négligé la règle qui exige que les enfants soient institués ou exhérédés, mais en aucun cas omis. La *bonorum possessio* est accordée par le préteur aux enfants émancipés, aussi bien qu'aux enfants *alieni juris*.

8[2]. En droit moderne, il se présente une situation qui, par sa similitude avec celle qui a donné naissance à la *collatio emancipati*, incite à la création d'une institution semblable. M. le Doyen VOIRIN (*La technique du phénix*, D. 1962, Chr. p. 146) suggère d'appliquer une *collatio emancipati* à ce qu'ont acquis par leur travail indépendant les enfants qui ont quitté une exploitation agricole familiale. Cela permettrait de compenser l'infériorité financière de l'enfant qui a continué à œuvrer pour l'exploitation paternelle; de la sorte celui-ci aurait beaucoup moins de difficulté à acquitter la soulte que met à sa charge l'attribution préférentielle.

8[3]. Le fils *in potestate* en concours avec ses deux frères émancipés reçoit 1/3 de la succession, plus 1/2 des biens de chacun d'eux. Chaque émancipé reçoit 1/3 de la succession, plus 1/2 de ses propres biens, mais rien de son frère émancipé.

ses cohéritiers. La méthode suivie consiste en une promesse de restitution de la part de l'émancipé; la *cautio*, garantie par des fidéjusseurs ou par un gage; les jurisconsultes admettent aussi la remise effective des biens aux bénéficiaires. L'exécution de la promesse se fait par un mode quelconque: le partage en nature, l'abandon par l'enfant sur sa part héréditaire d'une somme égale à la valeur de ses propres (technique du moins prenant), ou la cession d'un objet ou d'une somme propre d'une valeur suffisante.

Le domaine de la *collatio emancipati* se restreignit à mesure que se réduisit la différence de capacité entre l'émancipé et le fils de famille. Les constitutions impériales reconnurent à celui-ci la propriété personnelle de divers pécules, de plus en plus larges. Il ne pouvait être question de réclamer à l'émancipé la collation de biens que l'enfant en puissance pouvait acquérir pour son propre compte, Seuls faisaient l'objet de la *collatio* les biens hors-pécules. La *collatio emancipati* disparut lorsque Justinien en 544 réforma par sa nouvelle 118 le système successoral et abolit toute distinction sur ce plan entre émancipé et non-émancipé. A cette époque existait déjà depuis longtemps une institution plus proche de notre rapport, la *collatio dotis.*

9. — La COLLATIO DOTIS[1] a été instituée par le préteur[2] peu après la *collatio emancipati*, pour répondre à une situation analogue: celle de la fille mariée *sine manu*, qui hérite de son père, puisque restée *sua*, et qui, à la différence de ses cohéritiers et comme l'émancipé, est titulaire d'un patrimoine personnel, la dot que lui a constituée son père (dot profectice) ou une personne quelconque (dot adventice). Aussi le préteur l'astreint-il à partager la dot avec ses cohéritiers, de même que l'émancipé partage son patrimoine. La collation n'a lieu que si la fille demande la *bonorum possessio* prétorienne; elle ne bénéficie qu'aux *sui*; elle s'opère par les mêmes procédés que la *collatio bonorum*[3].

Les constitutions impériales élargirent le domaine de la *collatio dotis.* Un rescrit d'Antonin-le-Pieux oblige la fille à rapporter la dot même si elle ne demande pas la *bonorum possessio* prétorienne et vient à la succession comme héritière civile: la *collatio dotis* devient une institution civile. L'empereur Gordien, en 239, spécifie que la *collatio* doit être faite aux émacipés aussi bien qu'aux *sui.* Ces deux innovations sont limitées à la dot profectice, celle qui a été détachée du patrimoine

---

9[1]. *V.* les ouvrages cités supra 7[1]; et SZLECHTER, *La collatio dotis*, Revue d'Histoire du Droit Français et Etranger, 1954, pp. 167-197, qui fait sentir les lacunes de notre connaissance et les controverses que soulève la question.

9[2]. Cette origine a été contestée, principalement par GUARINO, qui estime que la *collatio dotis* est issue de la jurisprudence civile du IIe siècle ap. J-C; cette doctrine est combattue par la plupart des auteurs. Cf. SZLECHTER, *op. cit.* pp. 171-177.

9[3]. Si la fille est encore mariée à l'époque de l'ouverture de la succession paternelle, ce n'est pas exactement la dot qu'elle rapporte, mais l'action *rei uxoriae* qu'elle a contre son mari, détenteur de la dot; cette créance se rapporte en moins prenant.

du père de famille. On voit ainsi apparaître l'idée d'une égale participation de tous les successeurs aux libéralités faites par le père de famille à l'un d'eux; c'est le germe de notre rapport. L'idée d'égalité va se développer au cours des siècles suivants avec la transformation de la *collatio dotis* en *collatio descendentium.*

10. — C'est une constitution de l'empereur Léon (472) qui marque le passage de la *collatio dotis* à la COLLATIO DESCENDENTIUM. Cette loi étend la *collatio*, de la dot de la fille à son pendant pour le fils, la donation *ante nuptias.* Elle y soumet l'enfant émancipé comme l'enfant en puissance, pourvu qu'ils succèdent *ab intestat.* Elle ordonne la *collatio*, ainsi élargie, à la succession de tous les ascendants donateurs, tant paternels que maternels. Désormais la *collatio* se fait à la succession de personnes qui n'ont pas toutes des *heredes sui*, alors qu'à l'origine la *collatio* visait à réparer le préjudice qui résultait pour ceux-ci du concours d'un enfant ayant des biens propres sur le patrimoine de la personne pour laquelle ils acquéraient; et elle se fait à la succession de celui du patrimoine duquel le bien est sorti[1] et pour ce bien seul. Il s'agit donc d'un véritable rapport dû par tous les descendants (*collatio descendentium*) à la succession de tous les ascendants qui les dotent.

Justinien étend l'objet de la nouvelle collation aux libéralités qui sont imputables sur la quarte légitime (529). Cette extension est dans la logique du principe nouveau qui inspire la collation; les objets rapportables, dot et donation *ante nuptias*, sont considérés comme des fractions de succession prématurément déférées, des avancements d'hoirie avant que n'existe ce terme; tout transfert de propriété qui présente le même caractère doit être rapporté aussi. Enfin Justinien astreint au rapport les successeurs testamentaires, pourvu qu'ils aient été aussi héritiers *ab intestat* (536).

Dans le dernier état du Droit Romain, il existe donc un rapport auquel sont tenus les descendants appelés *ab intestat*, qu'ils succèdent *ab intestat* ou *ex testamento*; ce rapport porte sur la dot, la donation *propter nuptias*, les donations imputables sur la légitime, mais pas sur les donations ordinaires sauf dans un cas spécial[2]. Le rapport est fondé sur la volonté présumée du *de cujus*; il peut donc en dispenser, il peut aussi s'y astreindre les donations non rapportables et les legs, considérés à défaut de stipulation contraire comme préciputaires. Le gratifié peut échapper au rapport en renonçant à la succession. La collation s'effectue

---

10[1]. La dot adventice provenant d'une personne autre que celles auxquelles Léon applique sa réforme, est encore sujette à la *collatio dotis*; mais le principe ne trouve plus guère d'applications, car les pécules adventices se sont considérablement développés et les biens y figurant sont soustraits au rapport. Cette *collatio dotis* traditionnelle disparut complètement en 529, lorsque Justinien décida que le pécule adventice comprendrait tout ce qui ne provenait pas *ex substantia patris.*

10[2]. Lorsque le bénéficiaire d'une donation ordinaire concourt avec le bénéficiaire d'une dot qui la rapporte.

en nature ou en moins prenant, le système de la *cautio* a disparu. Les principes modernes sont posés, mais leur application est encore limitée; le rapport ne joue pas pour tous les types de donations et ils n'atteint que les héritiers en ligne descendante. Les libéralités sujettes au rapport n'ont d'ailleurs pas de qualification spéciale, telle celle d'« avancement d'hoirie », qui suppose la conscience d'une institution. Le rapport n'est qu'un incident mineur, qui n'affecte pas la nature de la libéralité.

11. — Le Droit Ecrit de l'Ancienne France[1] maintient les règles du Droit Romain, mais en corrige le principal défaut; il assujettit au rapport les donations ordinaires, sauf clause expresse de dispense ou renonciation du donataire à la succession. Les descendants sont obligés de rapporter aussi les donations qui sont présumées leur avoir été faites par personne interposée. Les legs sont considérés comme contenant une dispense tacite de rapport, de même qu'au Bas-Empire; on peut être héritier et légataire.

Les pays de Coutume étaient parvenus à une institution semblable par des voies différentes.

§ 2. — Droit Coutumier.

12. — L'apparition de l'avancement d'hoirie[1] se rattache à l'usage, répandu dans le Haut-Moyen-Age, des *communautés taisibles* entre gens vivant au même foyer, principalement entre parents et enfants. Les membres de ces communautés se succédaient entre eux; mais l'enfant qui quittait le foyer et recevait alors en donation une partie de la masse commune perdait tout droit de venir à l'hérédité. Cette exclusion de l'enfant « *mis hors-celle* » reçut un correctif en la possibilité pour les parents de réserver par une clause de la donation les droits successoraux de l'enfant, à charge pour celui-ci de rapporter au moment du décès ce qu'il a reçu. Le don n'apparaît alors que comme une avance sur la succession; il est appelé « *avancement d'hoirie* ». Le rappel à succession résulte d'une clause de réserve des droits successoraux, ou, plus souvent, de la simple déclaration que le don est fait en avancement d'hoirie. Le système se généralisa. Lorsque les communautés taisibles tendirent à disparaître, l'usage du rappel subsista; la clause d'avancement d'hoirie était désormais de style. On en vint à la sous-entendre. Puis cette modalité des donations passa dans la coutume. Les donations aux descendants sont déclarées

---

11[1]. Popovilyeff, *op. cit.* 7[1], n° 30-32; A. Esmein, op. cit. 7[1], pp. 147-149.

12[1]. Lepointe, *op. cit.* 7[1], n° 518-519; Ch. Lefebvre, *L'ancien Droit des Successions; les fortunes anciennes au point de vue juridique*, t. I, Paris 1912, n° 139 et note 3 p. 277; Popovilyeff, *op. cit.* 7[1], n° 40; A. Esmein, *op. cit.* 7[1], pp. 155-172.

rapportables par les *Etablissements de Saint-Louis* et par le commentaire de *Beaumanoir* sur les Coutumes de Beauvaisis, dès le XIIIe siècle; et il en est de même dans toutes les régions[2].

Le fondement qu'on met en évidence n'est plus le caractère communautaire de la propriété familiale, mais l'égalité qui doit régner entre les héritiers. Il ne s'agit pas comme en droit romain d'une présomption de volonté du donateur, mais d'une égalité forcée, à laquelle les parents ne peuvent pas déroger[3], si ce n'est en exhérédant un de leurs enfants.

Du principe d'égalité naît, parallèlement au rapport, l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire. Dès la renaissance du testament, il est proclamé dans toutes les coutumes que nul ne peut être à la fois « *aumônier et parsonnier* ». Le successible gratifié par testament ne peut réclamer son legs lorsqu'il accepte la succession. Il ne s'agit pas d'un rapport, mais d'une caducité. La règle est plus stricte que celle du rapport, car à l'idée d'égalité se joint la défaveur qui pèse sur le testament, acte arbitraire et secret.

13. — La réglementation du rapport et de l'imcompatibilité se précise progressivement, atteignant sa forme définitive avec la révision des coutumes rédigées (XVIIe siècle)[1].

Les cas dans lesquels le rapport est dû varient selon les coutumes. En général, seuls les descendants sont astreints au rapport de leurs dons; quelques coutumes y soumettent les héritiers en ligne collatérale. La plupart estiment que la succession leur est moins dûe et que l'égalité entre eux ne s'impose pas avec rigueur; ce point de vue est général en ce qui concerne les ascendants. Pour les legs, l'incompatibilité s'étend à tous les héritiers.

Toutes les donations sont sujettes au rapport, qu'elles soient directes ou indirectes; l'héritier peut avoir à rapporter la donation faite à une tierce personne réputée interposée. Toutefois il existe des coutumes qui distinguent selon la nature des biens donnés: mobiliers ou immobiliers, ou selon leur origine: propres ou acquêts, ou selon les circonstances de la donation: par contrat de mariage ou autrement..., n'imposant le rapport que dans l'une des branches de l'alternative ouverte[2].

L'opposition la plus importante entre coutumes concerne le caractère obligatoire ou facultatif du rapport. Trois grands systèmes se partagent les pays coutumiers[3]. Les coutumes d'égalité parfaite ne laissent à l'héritier aucun moyen d'échapper au rapport: le défunt ne peut l'en dispenser,

---

12[2]. Quelques coutumes du Nord (Artois, Douai, Valenciennes) refusèrent le rapport des donations, même comportant une clause expresse d'avancement d'hoirie. Cf. DE CAQUERAY, *op. cit.* 7[1], fascicule 2, p. 17.

12[3]. Sous réserve de ce qui sera dit des coutumes de préciput, fort rares.

13[1]. A. ESMEIN, *op. cit.* 7[1], pp. 173-183; DE CAQUERAY, *op. cit.* 7[1], pp. 15-67; POPOVILYETF, *op. cit.* 7[1], n° 33-50; Ch. LEFEBVRE, *op. cit.* 12[1], n° 137-140.

13[2]. *V.* DE CAQUERAY, *op. cit.* 7[1], fasc. II, pp. 18-22.

13[3]. Sous réserve des quelques coutumes qui ignorent le rapport; cf. *supra* 12[2].

et lui-même ne peut s'y soustraire en renonçant à la succession[4]. Les coutumes d'égalité simple n'autorisent pas la clause de dispense de rapport, mais conservent le bénéfice de la donation au gratifié qui renonce à la succession. Les coutumes de préciput permettent la stipulation d'une dispense de rapport en faveur du gratifié, qui reçoit ainsi plus que sa part, par préciput; la conservation du don est acquise au successible renonçant. Les coutumes d'égalité simple étaient de loin les plus répandues; elles s'appliquaient à Paris (art. 303 à 307 Cout.) et à Orléans, notamment; elles constituaient le droit commun coutumier. Bon nombre d'auteurs considèrent, à la suite de Pothier[5], que le maintien de la donation au successible renonçant est une trahison de l'esprit de l'institution (s'agissant d'une avance sur la succession, seul l'héritier peut la retenir), au profit d'une exploitation subtile de la lettre (l'avancement d'hoirie suppose que le gratifié est hoir, s'il ne l'est pas il ne doit rien). C'est une erreur; car, ainsi que le relève déjà Beaumanoir, l'avancement d'hoirie est avant tout une donation, et le rapport n'est qu'un incident qui l'affecte[6]. La coutume du rappel à succession à charge de rapport s'est instaurée en faveur du gratifié; le faire rapporter, alors qu'il ne veut pas venir à la succession, c'est rendre sa situation pire qu'elle ne l'était à l'époque où il était exclu[7]. En ce qui concerne les legs, la possibilité de les réclamer en cas de renonciation à la succession n'a jamais été contestée. La validité de la stipulation de dérogation à la règle de l'incompatibilité se modèle sur celle de la dispense de rapport.

Le mode d'exécution de l'obligation au rapport ne fait guère l'objet de divergences entre les coutumes. Le rapport des immeubles s'opère en nature, par la remise effective du bien donné dans la masse successorale à partager, de sorte que la situation soit la même que si le bien n'était jamais sorti du patrimoine du *de cujus*. C'est le seul moyen de réaliser l'égalité entre héritiers à une époque où à chaque immeuble est attaché un statut particulier au point de vue politique et social[8]; les immeubles ne sont pas interchangeables. Les auteurs analysent les effets du rapport en nature en une résolution des droits du gratifié. Le principe du rapport en nature des immeubles souffre quelques exceptions, qui passeront dans le Code Civil. Notamment, si le bien est sorti des mains du donataire, on y substitue un rapport en moins prenant. Cette technique joue aussi s'il existe dans la succession des immeubles de même valeur et bonté

13[4]. Toutefois, il retient sur son don ou son legs la valeur de sa part héréditaire; la doctrine justifiait cette entorse aux principes par le souci de ne pas retourner l'avancement d'hoirie, institution créée en faveur du gratifié, contre celui-ci. C'est cependant la négation de l'effet de la renonciation à succession.

13[5]. POTHIER, *Successions*, Ch. IV art. 3, § 2. Suivi de tous les auteurs précités note 1, et des manuels de droit civil actuels: RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 2841, MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, t. 4, 1963, n° 1651 et 1704.

13[6]. POPOVILYEFF, *op. cit.* 7[1], n° 43 p. 55.

13[7]. LABBÉ, *Du don en avancement d'hoirie*, Revue Pratique de Droit Français, 1861, t. 11, pp. 211-224.

13[8] DONNIER, *Quelques incidences de la législation de* 1938 *sur le rapport des libéralités*, thèse Montpellier 1952, pp. 10-11.

(art. 305 Cout. Paris). Le rapport des meubles se fait généralement en moins prenant; l'identité d'un meuble est sans importance, « *res mobilis, res vilis* ».

14. — L'ancien Droit Coutumier connaît donc, comme le Droit Romain, le rapport des libéralités avec une technique semblable. Mais la doctrine coutumière, s'appuyant sur la qualification d'avancement d'hoirie attribuée à la donation rapportable, a mieux senti l'aspect positif de l'institution. Elle a même eu la tentation de l'exagérer, oubliant qu'à cette époque le terme d'avancement d'hoirie n'est encore que l'appellation commode d'une modalité de la libéralité, qui confère à celle-ci la propriété de se résorber dans la succession sans laisser de traces.

La Révolution accentuera encore cet aspect essentiellement négatif de l'avancement d'hoirie.

§ 3. — Droit intermédaire.

15. — Le législateur de l'époque révolutionnaire était animé du désir de faire régner l'égalité entre les héritiers[1]. Sans doute la volonté d'égalité n'était-elle pas une innovation; c'était elle qui inspirait le rapport dans l'Ancien Droit; mais après 1789, elle reçut l'appui des idées des philosophes du XVIIIe siècle et particulièrement de Rousseau. La propriété est, selon la doctrine nouvelle, une création de la loi sociale positive; le législateur peut donc en déterminer arbitrairement les effets selon les nécessités sociales. L'intérêt général exige l'égalité successorale, support de l'égalité civique. L'efficacité de la transmission de la propriété aux héritiers par donation ou testament sera donc minimisée; le rapport viendra toujours rétablir l'équilibre.

L'Assemblée Législative et l'Assemblée Constituante n'eurent pas le temps de légiférer en notre matière. Le bouleversement des solutions acquises fût l'œuvre de la Convention. La loi des 17-21 nivôse an II[2]. établit le principe de l'égalité absolue du partage; tout héritier gratifié[3] est tenu au rapport des libéralités entre vifs et testamentaires qu'il a reçues du *de cujus* (art. 8 et 9). Le disposant n'est pas autorisé à l'en dispenser, et le gratifié ne peut pas s'y soustraire en renonçant à la succession. Cette loi est déclarée d'application rétroactive aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789 et aux libéralités s'y rattachant, qu'elles soient antérieures ou postérieures à cette date; toutefois, en ce qui concerne les donations antérieures au 14 juillet, la possibilité de se libérer du

---

15[1]. *V.* POPOVILYEFF, *op. cit.* 7[1], pp. 184-191; A. ESMEIN, *op. cit.* 7[1], n° 51-55.

15[2]. Faisant suite à un décret du 7 mars 1793 abolissant pour l'avenir la faculté de disposer à titre gratuit en ligne directe, et à une loi du 5 brumaire an II posant les principes qui seront exprimés de façon complète par la loi de nivôse.

15[3]. A l'exception, fort peu pratique, des ascendants.

rapport en renonçant, qui pouvait exister dans la loi de confection de l'acte est respectée. Le rapport s'effectue essentiellement en nature, car, d'une part, la remise des biens dans la masse permet un partage parfaitement égal, et d'autre part ce système favorise le morcellement du sol, qui est le plus sûr garant de la disparition de la féodalité[4]. L'avancement d'hoirie s'efface totalement à l'ouverture de la succession.

Les inconvénients pratiques de cette réforme radicale, qui enlevait aux parents un moyen de pression essentiel sur leurs enfants en supprimant le préciput, se firent sentir immédiatement. Mais la Convention se borna à revenir sur son caractère rétroactif, par le décret du 9 fructidor an III, qui fût confirmé et précisé par la loi du 18 pluviôse an V, sous le Directoire.

Il fallut attendre le Consulat pour connaître un système plus modéré et plus en harmonie avec la tradition. La loi du 4 germinal an VIII laisse subsister le principe du rapport des libéralités adressées aux successibles, mais admet la stipulation de préciput. Le texte est, au demeurant, fort bref et incomplet.

16. — Les rédacteurs du Code Civil élaborèrent les articles 843 à 869 sous la même inspiration. Toute libéralité à successible est sujette au rapport, à moins qu'elle n'ait été faite par préciput, ou que le gratifié ne renonce à la succession. Parmi les acquisitions de la Révolution, la liberté prend le pas sur l'égalité. L'avancement d'hoirie est fondé sur la volonté des parties, comme en Droit Romain, et il utilise la technique très complète mise au point par l'Ancien Droit Coutumier.

15[4]. Donnier. *op. cit.* 13[8], pp. 12-14.

PREMIÈRE PARTIE

L'AVANCEMENT D'HOIRIE, ALLOTISSEMENT EFFICACE

Examen de l'institution par ses résultats

17. — L'aspect de l'avancement d'hoirie qui se manifeste avec le plus de force à l'observateur est incontestablement l'efficacité qu'acquiert la volonté du disposant lorsqu'elle prend forme dans le moule de cette institution.

Il n'en était pas ainsi dans le Code Civil originel. Le rapport en nature, qui était le mode de principe de réalisation de l'égalité entre héritiers, efface la libéralité. Après l'ouverture de la succession, celle-ci ne laissait guère de traces. L'avancement d'hoirie apparaissait alors par son résultat final comme la négation de la disposition du *de cujus*. L'efficacité de l'avancement d'hoirie trouve sa source dans la technique du rapport en moins prenant, que les réformes de 1938 ont substitué au rapport en nature. Le rapport en valeur laisse subsister l'effet translatif de l'acte du disposant; et cependant il l'intègre à la dévolution successorale: le défunt a eu le pouvoir de former un lot du partage de sa succession. N'est-ce pas désormais une véritable avance qu'il fait? La modification du mode de rapport a insufflé une vigueur nouvelle à l'avancement d'hoirie. L'institution, en se rapprochant du résultat que par son nom elle affirme viser, s'est affinée.

Mais l'intrusion de la volonté du *de cujus* dans le mécanisme de la dévolution de sa succession est-elle admissible? La liberté du disposant se heurte aux règles successorales. L'avancement d'hoirie les bouleverse. La résonance de l'action du disposant est encore accentuée par la méthode d'évaluation du montant du rapport introduite en 1938; non seulement la répartition des biens se trouve affectée, mais encore il s'instaure des disparités de valeur entre les parts des héritiers.

Le rôle d'allotissement anticipé des héritiers, que remplit désormais l'avancement d'hoirie, est celui qui classiquement est dévolu au partage d'ascendant. Le rapprochement des deux institutions s'impose. Subsiste-t-il encore une autonomie de chacune d'elles?

Nous nous proposons d'examiner successivement les trois problèmes soulevés:

TITRE I : *L'affinement de l'institution.*

TITRE II : *Le bouleversement des principes successoraux.*

TITRE III : *Avancement d'hoirie et partage d'ascendant.*

TITRE PREMIER

L'AFFINEMENT DE L'INSTITUTION

18. — Le Code de 1804 a conservé la structure de l'avancement d'hoirie que lui avait léguée le droit coutumier. Le terme appelle une conception positive de l'institution; or la technique de la restitution en nature, qui est le mode d'exécution de principe du rapport, est négative. Elle efface l'œuvre du disposant presque complètement. L'avancement d'hoirie apparaît comme une institution médiocre, anodine, presque dénuée d'intérêt.

Tout différent est son aspect depuis que le législateur a substitué le rapport en moins prenant au rapport en nature. La virtualité que contient le terme d'avancement d'hoirie s'est réalisée, la fonction d'allotissement qu'il annonce s'est épanouie.

Il convient de considérer, après l'*avancement d'hoirie classique* (Chapitre 1er), *l'avancement d'hoirie rénové* (Chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER

L'AVANCEMENT D'HOIRIE CLASSIQUE

19. — L'avancement d'hoirie issu du Code Civil apparaît comme une institution presque dénuée d'intérêt pratique. Le législateur de 1804 a estimé que la fin poursuivie, l'égalité entre héritiers, ne pouvait être atteinte que par la remise en nature du bien attribué dans la masse successorale. Ce bien subira le sort commun des éléments du patrimoine du défunt; dans le partage, il sera morcellé entre tous les héritiers, ou, plus souvent, attribué à l'un d'eux par tirage au sort, ou encore licité. Il sera exceptionnel que le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie retrouve le bien, et ce sera alors en vertu d'un titre autre que la disposition du défunt. Le rapport en nature arrache la libéralité au gratifié. Certes parfois la loi lui substitue un rapport en valeur, mais son montant est le strict équivalent monétaire du bien. L'avantage que le gratifié retire de l'avancement d'hoirie n'est guère apparent. L'idée d'avance sur la succession, contenue dans le terme d'avancement d'hoirie, est saisie sous son aspect négatif: l'avance signifie pour le gratifié une attribution provisoire et une restitution. Cependant l'aspect positif de l'institution n'est pas complètement effacé; il se manifeste dans la répartition des libéralités entre dispositions s'imputant sur la réserve de la succession et dispositions entamant la quotité disponible. L'avancement d'hoirie adressé au réservataire est imputé sur la masse réservée, en priorité. Cette imputation est un effet essentiel du caractère de la libéralité. Toutefois, en fait, il n'intéresse que les tiers et il reste au second plan.

SECTION I : *Médiocrité des effets pour le gratifié.*

SECTION II : *L'imputation sur la réserve.*

Section I

MÉDIOCRITÉ DES EFFETS POUR LE GRATIFIÉ

20. — Etant posé le principe du rapport en nature, qui vient anéantir, rétroactivement même, la propriété du gratifié, quel avantage le bénéficiaire d'un avancement d'hoirie peut-il espérer tirer de la disposition faite en sa faveur? La doctrine classique, soucieuse de justifier le système du Code Civil, et sensible au risque d'une désaffection de la pratique pour une institution dont l'efficacité était peu apparente, a dégagé un double intérêt de l'avancement d'hoirie pour le gratifié, qu'il nous appartient d'apprécier: la jouissance anticipée du bien (§ 1) et un embryon d'attribution définitive (§ 2).

§ 1. — La jouissance anticipée.

21. — L'article 856 du Code Civil déclare que le donataire ne doit les fruits et intérêts des biens rapportables qu'à compter de l'ouverture de la succession. Jusqu'à cette date il bénéficie donc de la jouissance du bien donné sans être tenu à aucune restitution.

La doctrine antérieure à la réforme de 1938 voit dans cette jouissance l'avantage essentiel de l'avancement d'hoirie pour son bénéficiaire. La dispense de rapport des fruits du bien donné apparaît comme une anomalie au point de vue des principes du rapport, mais le législateur l'a imposée principalement afin de donner un sens à l'avancement d'hoirie[1]. C'est en elle que réside l'utilité pratique du don. A l'acquisition des fruits recueillis et des intérêts courus avant le décès, se mêle d'ailleurs intimement l'usage anticipé du bien. Il convient de ne pas négliger non plus l'intérêt de la détention de la chose. Les auteurs du XIXe siècle considèrent qu'elle est garante des espérances successorales de l'enfant doté[2]: la dot, même en avancement d'hoirie, facilite le mariage, parce qu'elle prouve à la belle-famille que le futur conjoint recueillera un certain avoir dans la succession du donateur, le rapport ne profitant jamais aux créanciers et légataires du défunt. L'ensemble de ces avantages peut être regroupé sous le vocable de jouissance. L'article 544 du Code Civil, qui oublie de mentionner l'« *usus* » parmi les éléments de sa définition de la propriété, nous donne l'exemple d'un usage extensif du terme[3].

21[1]. Troplong, *Droit civil expliqué. Des donations entre vifs et des testaments*, t. 2, 1855, n° 881; Mourlon, *Répétitions écrites sur le 2e examen du Code Napoléon*, 6e éd. t. 2, 1863, n° 370; Demolombe, t. 16, 1875, n° 164; Le Balle, *Du rapport et de la réduction des libéralités portant sur des fruits ou revenus*, Revue Critique, 1926, p. 571; Beudant-Le Balle, t. V bis, n° 840; De Page, *Traité élém. de droit civil belge* t. IX, 1946, n° 1175 et 1234.

21[2]. Cf. Labbé, Note au S. 1880-2-97, I *in fine*. Demolombe, t. 16, n° 164.

21[3]. *V.* Carbonnier, *Droit Civil*, t. 2, 2e éd. 1959, p. 78.

La jouissance anticipée découle fort naturellement de l'appellation même d'« avancement d'hoirie ». Car l'avantage qu'un héritier tire de la part de succession qu'il recueille tient en premier lieu en une exploitation des biens qui n'en épuise pas les utilisés en une seule fois. Il est des auteurs qui utilisent le terme d'avancement d'hoirie dans le sens précis de jouissance anticipée tirée de la libéralité. La notion d'avancement d'hoirie, prise sous son aspect positif[4], évoque avant tout, classiquement, la jouissance anticipée[5].

22. — On n'a pas manqué de rapprocher notre institution de l'usufruit[1]. Le donataire bénéficie en effet des fruits produits par la chose pendant un temps limité, puis celle-ci lui échappe. La perte survenue par sa faute, ou simplement par son fait, est à sa charge; il doit donc veiller à la conservation du bien, de même qu'un usufruitier, alors que le propriétaire peut, s'il le veut, négliger la chose... Mais le rapprochement tourne court. L'obstacle le plus évident tient à la faculté d'aliéner le bien, qui est ouverte au successible et fermée à l'usufruitier[2]. Sur le plan même de la charge de conserver la chose, il convient de relever qu'elle entraîne pour le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie l'obligation de procéder aux grosses réparations, quitte à se les faire rembourser (art. 862 C.civ.), alors que dans l'usufruit celles-ci sont à la charge du nu-propriétaire[3] et l'usufruitier n'est pas responsable de la dégradation survenue par leur défaut (art. 605 C.civ). Dans le cas de l'avancement d'hoirie il n'existe pas de nu-propriétaire. La situation du donataire est celle d'un plein propriétaire tenu à restitution; c'est d'ailleurs dans la propriété que réside le fondement véritable de la perception irrévocable des fruits du bien donné.

En vertu de quel titre le donataire serait-il usufruitier du bien? Il faudrait qu'on l'eût gratifié de l'usufruit temporaire du bien, par préciput (puisqu'il ne rapporte pas les fruits), en plus de sa nue-propriété en avancement d'hoirie. Or le rapport, lorsqu'il ne peut pas s'opérer

---

21[4]. De Page, t. IX, n° 1175; Catala, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, éd. Paris 1954, n° 93.

21[5]. L'aspect négatif insistant sur le rapport à effectuer.

22[1]. Laurent, *Principes de droit civil français*, 3e éd. t. XI, 1878, n° 20. Le rapprochement était déjà venu à l'esprit de Portalis lors des travaux préparatoires du Code; cf. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. X, 1827, p. 135.

22[2]. Sauf pour les biens soumis au quasi-usufruit, lesquels ne font qu'exceptionnellement l'objet d'un avancement d'hoirie.

22[3]. Encore que l'usufruitier ne dispose d'aucune action pour en obtenir de lui l'exécution, et qu'il soit parfois amené, voire forcé (s'il est bailleur) à les effectuer lui-même.

en nature, se fait de la valeur de la toute propriété du bien, et pas seulement de sa nue-propriété; c'est donc que l'avancement d'hoirie porte également sur l'usufruit du bien[4].

Le rapprochement esquissé se limite à l'existence dans les deux cas d'une perception temporaire des fruits. Mais l'assimilation du donataire en avancement d'hoirie et de l'usufruitier n'est pas absolument inutile; on admet qu'il y a lieu d'appliquer au gratifié à charge de rapport les articles du Code Civil qui règlent la manière dont l'usufruitier acquiert les fruits pendant la durée de son usufruit (art. 585 et suiv.); notamment on décide que les arrérages d'une rente viagère donnée en avancement d'hoirie ne sont pas soumis au rapport (arg. art. 588)[5].

23. — Si à l'importance de la jouissance dans l'avancement d'hoirie classique ne correspond pas une qualification d'usufruit, il n'en reste pas moins que le caractère essentiel de ce bénéfice tend à entraîner des conséquences juridiques.

Nombre d'auteurs doutent de la possibilité de soumettre les fruits au rapport.

Comment admettre que le disposant impose au donataire de rapporter les fruits du bien donné? Ce serait priver l'avancement d'hoirie de son utilité[1]; le rapport, tel qu'il était conçu avant 1938, rend la libéralité inefficace quant au capital, et la clause contraire à la dispense établie par l'article 856 du Code Civil supprime la jouissance anticipée. Qu'on n'objecte pas que le donataire conservera les intérêts des fruits[2]: c'est un avantage ridiculement faible, et pour l'obtenir il faudra qu'il capitalise les fruits! Ou encore, que la possession temporaire des fruits lui servira de volant de sécurité financier[3]: c'est un intérêt très limité et auquel le donataire est rarement sensible; l'idée se rattache à la conception de l'avancement d'hoirie comme une simple avance. Il y aurait prêt de consommation des fruits[4], accessoirement peut-être à un prêt

---

22[4]. On objectera peut-être que même si l'avancement d'hoirie a été limité à la nue-propriété, c'est la valeur de la toute propriété que doit l'héritier. Car sa dette à l'ouverture de la succession comprend deux éléments: d'une part le rapport de la valeur de la nue-propriété, et d'autre part la restitution de l'usufruit donné par préciput, lequel n'était que temporaire et cesse au décès du disposant. Le total est la valeur de la toute-propriété. Mais s'il s'agissait d'une restitution autre qu'un véritable rapport, pourquoi en emprunterait-elle les règles particulières?

22[5]. Demolombe, t. 16, n° 440-441; Aubry et Rau par Esmein, t. X, 1954, § 631 p. 293; Loussouarn, V° *Rapport des dons et legs* n° 66, in *Encyclopédie Dalloz — Droit Civil*, 1954.

23[1]. Beudant - Le Balle, t. V bis, n° 840.

23[2]. Savatier, R.T.C. 1925, p. 398.

23[3]. Desbois, *Des donations de fruits et revenus. Le problème de la restitution éventuelle...*, Semaine Juridique 1929, p. 944 note 2.

23[4]. Cf. Esmein, *Les donations de fruits et revenus*, R.G.N. 1934 art. 23958, n° 15 in fine.

à usage du capital. Cette analyse néglige l'aspect successoral de l'opération; de plus, techniquement l'avancement d'hoirie est irréductible au prêt[5].

Non seulement l'avancement d'hoirie n'est plus avantageux pour le gratifié, mais encore il devient ruineux. Car normalement les fruits sont dépensés à mesure de leur perception. Le rapport vient contraindre le donataire à les restituer, alors qu'il ne les a pas mis en réserve. S'il veut s'acquitter, il faut qu'il opère une ponction sur son capital personnel. Il préférera se dégager du rapport en renonçant à la succession, seul moyen d'éviter une perte et, au contraire, de conserver le bien donné[6]. En acceptant l'avancement d'hoirie assorti d'une clause de rapport des fruits, le donataire s'est placé dans une situation qui l'amène à répudier la succession. La souscription de la clause paraît donc valoir renonciation anticipée; c'est-à-dire constituer un pacte sur succession future prohibé; et la jurisprudence annule la stipulation de rapport des fruits, sur ce fondement[7].

Par quelque côté qu'on l'aborde, la clause est anormale. L'avancement d'hoirie se caractérise par un équilibre entre un avantage immédiat et l'égalité dans la liquidation de la succession. La clause implique, ainsi que le relève M. VIALLETON, « la nécessité de renoncer fatalement à l'un des facteurs de cet équilibre, menacé soit par la privation de jouissance actuelle, soit par la renonciation future du bénéficiaire »[8].

24. — Le rôle capital de la jouissance dans l'avancement d'hoirie classique est également à la base des discussions sur le rapport des donations portant sur des fruits ou des revenus[1]. Le problème ne se pose pas dans des termes parfaitement identiques[2], car ici les fuits constituent l'objet même de la donation; aucune clause de rapport n'est nécessaire; l'article 843 C.civ prescrit le rapport de toute donation, sauf dispense expresse. Mais faut-il appliquer cet article, ou doit-on tirer de l'article 856 C.civ. une dispense générale de rapport des fruits, qu'ils soient produits par le bien donné ou donnés eux-mêmes? La résonance pratique de la question est la même dans les deux cas. « L'obligation de rapporter aboutirait à priver le successible de tout avantage résultant

---

23[5]. *V. infra* n° 458.

23[6]. BEUDANT - LE BALLE, t. V bis n° 840. COLIN-CAPITANT, 9e éd., t. 3 n° 1231.

23[7]. Trib. Civ. Marseille 17 janvier 1925, *Guichard*, G.P. 1925.1.582, obs. SAVATIER R.T.C. 1925 p. 398; obs. VIALLETON, Revue Critique 1926 p. 59. Montpellier 2 déc. 1869, *Faral*, S. 1870.2.171.

23[8]. Obs. Revue Critique 1926 p. 60.

24[1]. *V.* RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 2900-2906; AUBRY et RAU par ESMEIN, t. X, § 631, pp. 294-295; DEMOLOMBE, t. 16, n° 438.

24[2]. Il ne saurait donc être question pour nous d'étudier le problème de façon complète, mais seulement de l'aborder par les aspects qui peuvent éclairer notre appréciation de l'importance de la jouissance dans la notion classique d'avancement d'hoirie.

de la libéralité » déclare un arrêt[3] typique de la jurisprudence actuelle sur le rapport des donations de fruits. Et, de même qu'en ce qui concerne les fruits produits par le bien donné, le rapport risque de ruiner le donataire.

25. — En présence d'un rôle de la jouissance aussi essentiel à l'efficacité de la libéralité, le rapport des fruits ne devrait jamais être admis, semble-t-il donc. Il n'en est rien.

On ne s'arrête pas à l'argument de l'inutilité de l'avancement d'hoirie assorti d'une stipulation de rapport des fruits de la chose donnée. Le raisonnement qui prétend découvrir dans la clause un engagement prohibé de renoncer à la succession, ne convainc pas la doctrine[1]. Car le donataire ne perd pas fatalement tout avantage à accepter: sa part successorale peut être supérieure au montant du rapport. Au demeurant, dans tout avancement d'hoirie le donataire ou le légataire subit la tentation de répudier la succession, peut-être moins intense, mais de la même nature; on ne condamne pas pour autant l'avancement d'hoirie comme pacte sur la succession future[2]. L'inutilité de l'avancement d'hoirie qui ne laisse pas le bénéfice des fruits au gratifié ne peut donc pas entraîner la nullité de la clause litigieuse, sauf dans le cas particulier de la constitution de dot, dans laquelle la jouissance du bien est indispensable à la réalisation du but même de l'acte. C'est dans cette circonstance que se trouve le véritable fondement des décisions de jurisprudence qui ont annulé la stipulation de rapport des fruits[3].

En ce qui concerne le rapport des fruits et revenus donnés à titre principal, l'aspect pratique de la question, la recherche de l'utilité de l'opération, tend à être rejeté au second plan; car le principal problème est de savoir si l'article 856 du Code Civil peut jouer le rôle de support légal de la dispense de rapport.

26. — La solution du problème du rapport des fruits repose sur l'analyse du fondement de l'article 856. Elle seule permet de déterminer si ce texte est impératif, ce qui interdirait la clause de rapport des fruits du bien donné en avancement d'hoirie, et s'il est restrictif, ce qui s'opposerait à la dispense de rapport des fruits en dehors des termes mêmes de l'article et imposerait par conséquent le rapport des fruits donnés. La raison d'être de la loi est controversée. Deux systèmes s'affrontent. Mais tous deux conduisent à admettre le rapport des fruits; c'est dire que l'absence de jouissance pour le bénéficiaire d'un avancement d'hoirie ne compromet pas la nature de la libéralité qu'il reçoit!

24[3]. Civ. 27 nov. 1917, *Crespin*, D. 1921.1.21, S. 1917.1.105 note Lyon-Caen.

25[1]. De Page, t. IX, n° 1237; Desbois, art. cit. 23[3], pp. 943-944; Savatier, R.T.C. 1925 p. 398; Vialleton, Revue Critique 1926 p. 60.

25[2]. *V. infra* n° 355.

25[3]. Cités *supra* 237.

On peut fonder la disposition de l'article 856 sur le titre en vertu duquel le donataire acquiert les fruits de la chose donnée[1] : par accession, en sa qualité de propriétaire[2]. Cette analyse du titre ne fait pas de difficulté lorsque le rapport s'effectue en moins prenant; la propriété du donataire est alors incommutable; il est un propriétaire parfaitement régulier, il encaisse donc les fruits; au décès, une dette naît à sa charge et il en doit les intérêts à compter de ce jour. En cas de rapport en nature, la situation est plus complexe: la propriété du successible, menacée de résolution, est précaire; le donataire connaît le vice de sa possession, il est donc de mauvaise foi[3]. Cependant il conserve les fruits perçus. Il faut voir dans l'article 856 C.civ. une exception à la règle de l'article 549 C.civ. qui l'obligerait à restituer les fruits avec la propriété; l'article 856 efface la mauvaise foi du donataire[4].

Dans ce système il est impossible d'imposer le rapport des fruits des choses données; sauf dans le cas où le rapport de l'avancement d'hoirie doit s'opérer en nature, car alors la stipulation constitue un retour au principe de l'article 549 C.civ., l'abandon du bénéfice d'une exception à une règle essentielle du droit des biens. Quant aux fruits donnés à titre principal, ils ne peuvent pas bénéficier du titre légal d'acquisition; donc, étant donnés, ils sont soumis au rapport. Le rapport des fruits existe par conséquent, malgré ses inconvénients pratiques.

Une autre école fonde l'article 856 C.civ. sur la nature des fruits et sur la présomption de volonté des parties qui en découlerait[5]. Elle estime que la théorie du titre légal repose sur un raisonnement exact en soi, mais trop technique pour pouvoir être appliqué à un problème aussi pratique. L'article 856 repose plutôt sur une considération de bon sens: les fruits sont destinés à être dépensés au jour le jour; ils ne sont capitalisés, ni par le donateur, dans la succession duquel on ne

---

26[1]. Le Balle, *Du rapport et de la réduction des libéralités portant sur des fruits ou des revenus*, Rev. Crit. 1926 pp. 570-571; Esmein, *op. cit.* 23[4] n° 8.

26[2]. On peut ramener à ce système celui qui consiste à dire qu'on ne rapporte que ce qui a été donné, et que les fruits ne l'ont pas été. C'est la thèse défendue par M. Voirin, obs. J.C.P. 1941.2.1655, sous Civ. 16 déc. 1940, *Tignon*, § 3. Elle avait déjà été présentée par Pothier, *Des Successions*, Ch. IV art. 2 § 3, et elle a survécu aux critiques de Demolombe, t. 16 n° 437. C'est un aspect du système exposé au texte, car si les fruits n'ont pas été donnés, à quel titre le donataire les encaisse-t-il? à titre de propriétaire.

26[3]. Encore qu'on ait suggéré que cette mauvaise foi n'est pas évidente: Esmein, *op. cit.* 23[4] n° 7.

26[4]. L'art. 856 est un élément de la règle qui veut que le propriétaire sous condition résolutoire perçoive définitivement les fruits; mais ce n'en est pas une conséquence, car la règle se fonde en partie sur l'existence de cet article. *V.* infra n° 368.

26[5]. Desbois, *op. cit.* 23[3], pp. 942-943; Flour, note D.C. 1943.104 sous Civ; 16 déc. 1940 *Tignon*; Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 598-599, Esmein, *op. cit.* 23[4]; Demolombe, t. 16, n° 437-438; Aubry et Rau par Esmein. t. X § 631 pp. 293-295.

les aurait pas retrouvés, ni par le donataire. Il n'y a guère d'appauvrissement pour l'un, et guère d'enrichissement pour l'autre[6]. L'attribution des fruits ne rompt pas l'égalité entre héritiers au profit du bénéficiaire. La dispense de rapport découle de l'insignifiance des fruits. Ce fondement conduit à étendre la dispense établie par l'article 856 aux donations de fruits et de revenus. La position semble bénéficier de l'appui de la jurisprudence[7]. Dans ce système, la situation de fait qui fonde la dispense de rapport des fruits peut être détruite par la volonté des parties ou par des circonstances entraînant la transformation des fruits en capital[8-9]. La convention imposant le rapport des fruits des biens donnés[10] ou des fruits donnés est admise[11].

27. — Quel que soit le raisonnement adopté, il conduit à admettre le rapport des fruits du bien donné en avancement d'hoirie et le rapport des fruits ou revenus donnés à titre principal. La jouissance anticipée n'apparaît donc pas comme un élément indispensable à la structure de l'avancement d'hoirie.

Cette conclusion, issue de la recherche théorique, est renforcée par une observation pratique: la clause de réserve d'usufruit par le donateur accompagne très fréquemment la donation en avancement d'hoirie, plus particulièrement lorsqu'elle est l'œuvre des père et mère. Là aussi le donataire ne bénéficie pas des fruits, sans qu'on songe à dénier pour autant la qualification d'avancement d'hoirie à la donation. La jouissance anticipée est un intérêt de l'avancement d'hoirie dont le gratifié peut accepter la privation. D'autre part, cet intérêt ne saurait exister que dans l'avancement d'hoirie par donation entre vifs; l'avancement d'hoirie

---

26[6]. L'enrichissement et l'appauvrissement existent cependant. Une partie extrémiste de cette école le nie: RIPERT et BOULANGER, t. 4 n° 2903; LAURENT, t. 10 n° 623; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 2828.

26[7]. Civ. 27 nov. 1917, *Crespin*, D. 1921.1.21, S. 1917.1.105 note LYON-CAEN. La jurisprudence est d'ailleurs moins fluctuante qu'on ne le dit; cf. FLOUR, note précitée, AUBRY et RAU par ESMEIN, t. X § 631 p. 295; ESMEIN, *op. cit.* 23[4], n° 9; Contra: VOIRIN, note citée 26[2], RIPERT et BOULANGER, t. 4 n° 2902, et les arrêts cités par ces auteurs.

26[8]. D'où la jurisprudence soumettant les établissements d'usufruit au rapport. Civ. 27 nov. 1917, précité note 26[7].

26[9]. La question se pose de savoir dans quel patrimoine, celui du donateur ou celui du donataire, la qualité de fruits ou de capital doit être appréciée, question controversée compliquant parfois le problème. V. VOIRIN, note citée 26[2] § 1; FLOUR, note précitée n° 26[5], *in fine*; ESMEIN, *op. cit.* 23[4] n° 2-4; AUBRY et RAU par ESMEIN, t. X § 631 p. 295.

26[10]. M. SAVATIER, R.T.C. 1925 p. 398, soutient que, toute convention sur le rapport constituant un pacte sur succession future, seules les conventions prévues par la loi sont valables. Celle-ci ne l'est pas, donc est nulle. Cette théorie exagère la portée de la qualification de pacte sur succession future. *V. infra* n° 315.

26[11]. A condition de rester dans le cadre du rapport. On peut douter de la validité d'une clause imposant le rapport d'intérêts forfaitaires de l'avancement d'hoirie, supérieurs à ceux produits. Ce serait un pacte sur succession future non permis. *Infra* n° 314.

testamentaire ne prend effet qu'à l'instant où le rapport vient le détruire: il n'existe aucune possibilité de jouissance anticipée du bien. La jouissance est un avantage que le gratifié ne rencontre pas toujours et dont il peut se passer: un avantage médiocre.

Toutefois cet élément peut être retenu pour la qualification d'une opération douteuse. Il a été jugé[1] qu'un acte contenant donation avec réserve d'usufruit ne peut pas être un avancement d'hoirie, notamment parce qu'il n'attribue pas la jouissance anticipée, alors qu'il comporte par ailleurs une clause d'inaliénabilité temporaire du bien donné. C'est que, dans ce cas, l'élément jouissance était mis en vedette par l'impossibilité de découvrir dans l'opération l'autre intérêt de l'avancement d'hoirie: l'allotissement anticipé; en effet l'acte litigieux était soumis au régime antérieur à 1938: la donation était sujette au rapport en nature, auquel le donataire ne pouvait échapper qu'en aliénant le bien, ce que le contrat lui interdisait précisément. L'avancement d'hoirie classique ne comporte qu'un embryon d'attribution définitive du bien.

§ 2. — L'embryon d'attribution définitive du bien.

28. — Si pendant la période qui s'écoule entre l'instant où la libéralité est consentie et le décès, le gratifié ne tire pas grand avantage matériel de l'avancement d'hoirie, peut-il au moins se soutenir de l'espoir de devenir, lors de l'ouverture de la succession, le propriétaire définitif du bien qui lui est avancé? Sans doute le rapport de l'avancement d'hoirie classique s'opère-t-il en nature et enlève-t-il le bien à l'enfant. Mais dans certaines circonstances, l'objet de la disposition peut rester acquis au bénéficiaire de l'avancement d'hoirie: s'il renonce à la succession pour s'en tenir à la libéralité, ou, cas moins extrême, s'il se trouve dans le champ d'application de l'une des exceptions à la règle du rapport en nature. Ces possibilités justifient-elles un intérêt du gratifié pour l'institution?

A. — Le jeu de la renonciation à succession:

29. — Quelles que soient les stipulations de l'avancement d'hoirie, et qu'il s'agisse d'un don ou d'un legs[1], le successible doté bénéficie toujours de l'option successorale. S'il répudie l'hérédité, il peut, aux termes de l'article 845 du Code Civil, « retenir le don entre vifs ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'à concurrence de la portion disponible ». Car, n'étant plus héritier, il n'a plus à restituer la libéralité, qui ne saurait constituer une avance sur ses droits successoraux que s'il vient effectivement à la succession. L'avancement d'hoirie se révèle alors au décès

---

27[1]. Civ. 16 nov. 1953, *Arger*, J.C.P.N. 1954. 2.8265, note Espagno.

29[1]. A la différence de la matière des partages d'ascendants, où, en acceptant le testament-partage, le descendant se prive de la possibilité de répudier la succession.

avoir été l'attribution incommutable du bien à l'enfant. L'exigence de la sauvegarde de la réserve des héritiers ne peut pas être considérée comme une limite gênante pour cette utilisation; et cela même à une époque où l'atteinte à la réserve est sanctionnée par la réduction en nature, car l'avancement d'hoirie qui excède la quotité disponible est rare. Cet avancement d'hoirie excessif contient d'ailleurs souvent une incitation à la renonciation, car en règle générale la portion disponible, sur laquelle s'imputera la libéralité, est supérieure à la part du gratifié dans la succession[2]. Lorsque le successible doit recueillir dans le règlement héréditaire moins qu'il ne doit rapporter, il préfère naturellement répudier la succession et conserver le bénéfice de la libéralité.

30. — Il faut reconnaître que l'utilisation de l'avancement d'hoirie par le biais de la mise en œuvre de la renonciation reste exceptionnelle. Les cas dans lesquels la libéralité dépasse la part successorale du gratifié sont peu fréquents: la plupart des avancements d'hoirie sont faibles par rapport à cette part. En renonçant, l'enfant perd plus qu'il ne gagne. Toutefois il peut arriver que le disposant ait gratifié le successible dans un esprit forfaitaire, en vue de le remplir de sa part tout en lui laissant le moyen d'échapper par la renonciation aux ennuis de la liquidation[1]. Il se peut aussi que le père ait désiré avantager le fils, tout en lui laissant l'appréciation de l'opportunité de rompre l'égalité entre les enfants[2].

Normalement les parties n'envisagent pas la répudiation de l'hérédité. Le disposant cherche au contraire à ne pas la provoquer. D'une part, nul n'admet aisément que l'on puisse renoncer à sa succession[3]: la conception fraçaise de la continuation de la personne repose sur une base morale; d'ailleurs un successible honnête accepte la succession qui lui est dévolue. D'autre part, la renonciation bouleverse les plans qu'a pu former le disposant: la libéralité vient s'imputer sur la quotité disponible, qu'elle diminue au détriment des préciputs postérieurs, qui seront réduits. La portion disponible peut aussi avoir été épuisée par des préciputs antérieurs à la libéralité en avancement d'hoirie; celle-ci ne trouve plus alors à s'imputer et échappe au gratifié renonçant par le jeu de la réduction. Tenir compte de la possibilité d'une renonciation dans la recherche de l'intérêt de l'avancement d'hoirie pour le gratifié, ce serait y introduire une condition n'y figurant pas, ainsi que le note le Conseil d'Etat dans son avis sur la loi du 24 mars 1898, modifiant

---

29[2]. A supposer que la quotité disponible ne soit pas épuisée par des libéralités antérieures à l'avancement d'hoirie. Dans le cas le plus fréquent, celui de la disposition en faveur d'un enfant, la quotité disponible n'est jamais inférieure à une part d'enfant (art. 913 C.civ.)

30[1]. De Page, t. IX, n° 1183.

30[2]. Demolombe, t. 16, n° 303; De Page, t. VIII-2, n° 797-C et t. IX n° 1175.

30[3]. Cf. Demolombe, t. 16 n° 164; et Travaux préparatoires de la loi du 24 mars 1898 sur le rapport des legs, S. *Lois annotées* 1898 p. 541.

l'article 843 C.civ.[4]. On ne saurait raisonnablement trouver un intérêt à une institution, en envisageant le cas où elle ne fonctionne pas; ce serait une perversion. L'avantage d'une obtention du bien en nature par le jeu d'une substitution du rapport en moins prenant au rapport en nature relève d'une conception plus saine de notre institution.

B. — Le jeu du rapport en moins prenant:

31. — L'avancement d'hoirie peut valoir attribution définitive du bien au gratifié, si le rapport. tout en ayant lieu, s'opère, non pas en nature, mais en moins prenant. C'est principalement en ce qui concerne les legs que cette utilité de l'avancement d'hoirie a été entrevue à l'époque classique; en ce qui concerne les donations entre vifs, la doctrine l'a moins remarquée.

32. — Le legs rapportable que prévoyait le Code de 1804 était à peu près vide de sens[1]. Le testament ne sort ses effets qu'à l'ouverture de la succession, au moment même où intervient le rapport. Il n'est donc pas question d'une jouissance anticipée. Et surtout le rapport en nature empêche le legs de sortir de la succession du testateur. L'acte se détruit lui-même, sauf dans l'éventualité exceptionnelle d'une renonciation du légataire à ses droits héréditaires.

Une partie de la doctrine fut amenée à considérer que survivait l'incompatibilité de l'Ancien Droit coutumier[2] entre les qualités d'héritier et de légataire[3], et qu'il ne s'agissait pas d'un rapport, mais d'une caducité du legs. Cette opinion trouvait un appui dans les termes de l'article 843: l'héritier « ne peut... réclamer les legs à lui faits par le défunt... ». Elle doutait de la possibilité d'appliquer aux legs le rapport en moins prenant, mécanisme édicté pour les donations[4]. Partant de cette situation, la jurisprudence, soucieuse de ne pas laisser inefficace l'acte du *de cujus*, se montra très disposée à admettre la dispense de rapport, accueillant comme la stipulation expresse exigée par l'article 843 toute volonté non douteuse, même implicite. La loi du 24 mars 1898 marque l'aboutissement de cet effort en vue de sauver le legs à successible; elle renversa la présomption d'avancement d'hoirie: désormais le legs est réputé fait par préciput; elle tirait du legs un avantage net pour le gratifié, conformément aux idées de Demolombe, que reprenait le rapporteur du projet de loi[5].

30[4]. Travaux préparatoires, S. *Lois annotées*, 1898 p. 543.

32[1]. Demolombe, t. 16 n° 164; Travaux préparatoires précités, pp. 541-542; De Page, t. VIII-2 n° 797-C.

32[2]. *V. supra* n° 13.

32[3]. *V.* Beudant-Le Balle, t. V bis, n° 866-867. Invoquer l'incompatibilité était aberrant, alors que le Code admet le legs préciputaire.

32[4]. *V.* la note anonyme et les références citées sous Req. 11 fév. 1879, *Gallay*, D. 1879.1.297.

32[5]. Travaux préparatoires. S. *Lois annotées*, 1898 pp. 541-542.

La loi de 1898 réservait aussi la faculté pour le testateur d'imposer le rapport du legs, en moins prenant seulement. Cette réforme se rattachait à la tendance qui cherchait à donner un sens au legs en avancement d'hoirie, autrement qu'en le supprimant, en exaltant son utilité lorsque le rapport en moins prenant se substitue au rapport en nature. Le légataire obtient alors le bien légué: le legs permet au testateur d'attribuer au successible le bien qu'il sait lui convenir, sans rompre l'égalité entre héritiers. TROPLONG allait dans cette voie jusqu'à suggérer que le legs en avancement d'hoirie fût toujours exécuté en moins prenant[6]. La plupart des auteurs, quoique convaincus que seul le rapport en valeur confère un intérêt au legs en avancement d'hoirie, se bornaient à l'admettre dans les seuls cas où il était admis pour les donations, c'est-à-dire dans les circonstances prévues par les articles 859 et 868 du Code Civil et si le disposant l'avait stipulé[7]. La jurisprudence entérina ce dernier point de vue[8], insistant d'ailleurs sur l'unité des règles du rapport que la loi établit à la fois pour les dons et pour les legs, davantage que sur la nécessité de la technique du moins prenant pour rendre un sens au legs rapportable.

Le législateur de 1898 sanctionna la clause de rapport en moins prenant des legs. Avait-il pleinement saisi son intérêt? Le projet de loi initial ne prévoyait pas la survivance des legs rapportables, et sa modification en commission paraît accidentelle[9]. Si le législateur avait été parfaitement convaincu de l'efficacité du rapport en moins prenant et de l'utilité du legs rapportable à condition qu'il s'exécute en nature, il n'aurait pas généralisé la présomption de préciput. Il se serait borné à la prévoir dans les cas où le rapport en valeur est inapte à rendre le legs utile: quand celui-ci porte sur une quotité ou sur une somme d'argent[10]. Dans les autres cas le legs se jutifiait presqu'autant que le don rapportable; le législateur aurait donc substitué le principe du rapport en valeur à celui du rapport en nature.

Le bilan des réformes de 1898 est peu favorable au rayonnement du legs en avancement d'hoirie. Avant la modification de l'article 843 du Code Civil, l'utilité du legs rapportable en moins prenant était mise en lumière, car il y avait nécessité de donner un sens à des legs dont on ne pouvait admettre qu'ils eûssent été faits par préciput. Depuis 1898, le legs sur lequel le testateur ne s'est pas expliqué, est préciputaire. Le legs rapportable en moins prenant ne peut plus constituer qu'une exception volontaire. Et on ne songe guère à l'utiliser; le legs ordinaire, préciputaire, assorti de charges compensant l'inégalité créée entre les

---

32[6]. TROPLONG, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. 2, 1855, n° 881.

32[7]. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. 3, 1855, n° 177 bis - I; MOURLON, *Répétitions écrites sur le 2e examen du Code Napoléon*, 6e éd. t. 2, 1863, n° 372; DEMOLOMBE, t. 16 n° 303.

32[8]. Req. 11 fév. 1879, *Gallay*, D. 1879.1.297 note an., S. 1880.1.201.

32[9]. Travaux préparatoires, précités note 32[5].

32[10]. BEUDANT-LE BALLE, t. V bis n° 870.

héritiers, semble plus naturel. Le legs en avancement d'hoirie est largement tombé dans l'oubli, sauf dans les pays où le Code Civil originaire est encore en vigueur. Cependant la généralisation du rapport en moins prenant aux donations, en 1938, peut lui redonner vigueur par la vertu de la contagion d'une institution rénovée et dynamique. Mais jusqu'à cette époque, la donation rapportable en valeur, loin d'entraîner le legs dans son sillage, est encore plus discrète que lui.

33. — La donation rapportable en moins prenant présente pour le gratifié l'utilité que nous avons relevée à propos du legs: le successible est assuré d'obtenir l'élément du patrimoine du défunt qui a fait l'objet de l'avancement d'hoirie, il échappe aux aléas du partage. C'est le rôle d'allotissement anticipé, qui s'est révélé pleinement après les réformes de 1938[1]. Auparavant quelques auteurs ont conscience de cet intérêt de l'avancement d'hoirie[2], mais en général il n'est pas mis en évidence.

Les raisons de l'ombre dans laquelle le rapport en valeur des donations est tenu sont multiples.

C'est d'abord la généralité du rapport en nature. Remettant le bien donné dans la masse à partager, il est l'antithèse d'une technique d'attribution d'un lot au successible[3]. Le rapport en nature est de règle jusqu'en 1938. Les dispositions portant sur des meubles y échappent (art. 868 C.civ.); mais l'intérêt de l'allotissement mobilier est assez faible: les meubles corporels sont d'une importance négligeable(meubles meublants); quant aux meubles incorporels, le successible peut trouver à en acheter de pareils à ceux qui font partie du patrimoine du disposant (titres, la plupart des fonds de commerce...). L'avancement d'hoirie mobilier ne retient donc guère l'attention[4]. En ce qui concerne les immeubles, les cas où le rapport en valeur se substitue au rapport en nature sont

---

33[1]. *Infra*, Chap. 2, Section 2, n° 77-81.

33[2]. Batiffol, note au S. 1934.1.124-125; Colin-capitant, t. 3, 8e éd., 1936, n° 733.

33[3]. L'avancement d'hoirie rapportable en nature ne débouchait jamais sur l'attribution du bien au gratifié. On pouvait hésiter dans deux cas:

D'abord celui de l'article 73 de la loi du 1er juin 1924, applicable aux Français Alsaciens-Lorrains: cet article permet au successible en ligne directe ou au conjoint survivant de retenir en totalité, quitte à payer une soulte, l'exploitation agricole, commerciale ou industrielle qui lui a été donnée ou léguée; ce texte s'applique-t-il aux avancements d'hoirie? alors le rapport en nature n'empêcherait pas l'avancement d'hoirie de valoir allotissement anticipé. La doctrine et une partie notable de la jurisprudence inclinent à ne faire jouer le texte qu'en présence de préciputs. (V. les références dans Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 619).

Le second cas de doute eût pu être celui dans lequel l'attribution préférentielle de l'article 832 C.civ. intervient. Mais il est unanimement reconnu que la possibilité d'une telle attribution ne fait pas obstacle au rapport en nature; simplement elle le rend inefficace: le gratifié récupère dans le partage ce qu'il abandonne par le rapport.

33[4]. Cf. Beudant-Le Balle, t. V bis n° 852.

rares[5]: lorsque le donataire a aliéné le bien (art. 860 C.civ.), lorsqu'il existe dans la succession des « immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers » (art. 859), enfin lorsque l'immeuble a péri par le fait ou la faute du donataire (art. 855 a contrario).

La clause de rapport en moins prenant est admise. Mais, en pratique, elle est le plus souvent assortie d'une fixation forfaitaire de la valeur à rapporter, de sorte que l'intérêt de la disposition est centré autant sur le préciput partiel qu'elle contient[6] que sur l'efficacité du rapport. Les parties ne songent d'ailleurs que rarement à l'utilité de l'avancement d'hoirie comme allotissement, elles pensent plutôt à la jouissance anticipée.

Même en cas de rapport en valeur visant l'allotissement du gratifié, la confiance de celui-ci en l'institution ne peut pas être entière. Car la somme à rapporter est fixée d'après l'estimation du bien à l'ouverture de la succession. La charge peut se révéler étonnamment lourde. C'est également la valeur du bien au moment du décès qui sert à l'appréciation de la réductibilité de l'avancement d'hoirie pour atteinte à la réserve: la réduction en nature peut détruire l'opération inopinément. Le donataire ne bénéficie pas de la sécurité nécessaire à un développement de l'institution.

34. — L'avancement d'hoirie classique contient l'élément qui prédominera lorsqu'il sera rénové: la possibilité d'opérer un allotissement du successible par la volonté du futur *de cujus*. Mais cet élément est encore embryonnaire; les circonstances dans lesquelles il se manifeste sont rares et le contexte est peu favorable.

Faute d'un développement de la fonction d'attribution du bien, l'avancement d'hoirie est cantonné dans la médiocrité. L'intérêt qu'il présente pour le gratifié est très faible. L'institution est-elle également indifférente aux tiers? Certainement pas, car, par le phénomène de l'imputation sur la réserve, la disposition en avancement d'hoirie affecte leur situation par rapport à la succession.

Section II

L'IMPUTATION SUR LA RÉSERVE

35. — Le problème de l'imputation de l'avancement d'hoirie adressé à un successible réservataire, sur la réserve ou sur la quotité disponible de la succession du disposant, est bien connu. Il est capital,

---

33[5]. Tellement rares que l'art. 866 ancien se contente de viser les libéralités préciputaires, alors qu'il est tout aussi utile pour les libéralités rapportables en moins prenant. Mais ces dispositions étant exceptionnelles, le code les avait oubliées...

33[6]. *V. infra* n° 157.

car de sa solution dépend le sort des tiers qui ont bénéficié de libéralités du défunt. Ses éléments n'ont guère varié depuis 1804, mais sous l'empire du texte originel du Code Civil, l'absence d'autres conséquences de l'avancement d'hoirie classique après le rapport faisait mieux ressortir son acuité. L'imputation était l'une des rares manifestations du fond de la notion d'avancement d'hoirie; au point de vue de la mise en œuvre des caractères essentiels de l'institution, son intérêt n'a pas faibli aujourd'hui.

Il convient tout d'abord de dégager la *position du problème* (§ 1), puis, passant des solutions acquises aux solutions controversées, d'examiner *l'imputation principale* de l'avancement d'hoirie (§ 2) et son *imputation subsidiaire* (§ 3).

§ 1. — Position du problème.

36. — Lorsqu'il existe des héritiers à réserve, le *de cujus* ne peut disposer à titre gratuit que dans les limites de la quotité disponible. L'avancement d'hoirie adressé à l'un de ces réservataires vient-il restreindre ce droit de disposition limité? Si oui, la portion diponible est diminuée à dûe concurrence; l'avancement d'hoirie s'impute sur la quotité disponible. Sinon, le donateur conserve toute liberté de faire des libéralités sur la masse disponible; l'avancement d'hoirie s'impute sur l'autre partie de la succession, la réserve, sur l'attribution de laquelle il aura anticipé. La question se pose très fréquemment, car la plupart des avancements d'hoirie sont faits à des héritiers réservataires. Mais ce n'est pas toujours le cas, même dans les successions où il existe une masse réservée. Ainsi le *de cujus* peut avoir doté ses frères et sœurs, qui viennent à la succession en concours avec ses parents ou ses enfants naturels, qui ont seuls droit à une réserve. Alors l'avancement d'hoirie s'impute nécessairement sur la quotité disponible.

Le problème de l'imputation a été débattu dès les premières années de l'application du Code Civil. La controverse s'est développée pendant tout le XIXe siècle. L'exécution en nature du rapport ne pouvait empêcher qu'on dût prendre parti, car, si ce mode de rétablissement de l'égalité successorale frappe la libéralité de résolution, il ne l'efface pas à l'égard des créanciers du défunt, des légataires et des donataires postérieurs. La disposition reste opposable à ces tiers. Or l'imputation intéresse au premier chef les bénéficiaires de libéralités postérieures à l'avancement d'hoirie. Celles-ci s'imputent *a priori* sur la quotité disponible. Il s'agit pour eux de savoir si cette masse limitée a déjà supporté l'avancement d'hoirie, et se trouve ainsi diminuée, voire épuisée; partant, de savoir si les legs à eux faits s'exécutent et dans quelle mesure, et si les donations seront réduites. La question s'agite entre les héritiers réservataires d'une part, et les gratifiés subséquents d'autre part.

37. — En leur qualité de donataires ou légataires du défunt, les tiers ne peuvent pas bénéficier de l'assujettissement de la libéralité au rapport; l'article 857 du Code Civil leur interdit de demander le rapport, qui n'est établi que dans l'intérêt des cohéritiers. On s'est posé la question de savoir si ces tiers pouvaient demander l'imputation sur la réserve de la disposition faite au profit de l'héritier. Car, en réclamant pour l'avancement d'hoirie une imputation différente de celle des libéralités ordinaires, ils arguent du caractère rapportable de la disposition. A leur égard ne devrait-elle pas rester une libéralité comme les autres?[1].

Non! car les tiers ne demandent pas le rapport, ils ne réclament pas une part des objets donnés ou légués au successible. Ils se bornent à opposer une fin de non recevoir à l'action en réduction de leurs donations, ou à demander la délivrance de leurs legs[2]. Le rapport établit une égalité entre héritiers, qui est indifférente aux tiers et qu'ils ne peuvent invoquer; l'imputation au contraire assure le respect de la liberté du *de cujus* de disposer à titre gratuit, elle les concerne. Le rapport et l'imputation sont deux institutions différentes; la preuve en est que le problème de l'imputation se pose même lorsque la libéralité a été faite à un réservataire héritier unique et n'est par conséquent pas soumise au rapport. La qualification d'avancement d'hoirie attribuée à une disposition a d'autres conséquences que le rapport[3].

Ce n'est pas à dire que l'existence du rapport de l'avancement d'hoirie soit sans influence sur le problème de l'imputation. Les solutions qu'on y apporte en tiennent compte[4].

§ 2. — L'imputation principale.

38. — Les textes sont muets sur la façon d'imputer l'avancement d'hoirie. On peut seulement tirer des indications indirectes des articles 844, 918 et 919 alinéa 1 du Code Civil, qui font porter les dispositions préciputaires sur la quotité disponible. Pourtant l'imputation des avancements d'hoirie sur la masse réservée n'a jamais été sérieusement

---

37[1]. En ce sens, Agen 28 déc. 1808, *De Montalembert*, S. Chronologique.

37[2]. Aubry et Rau par Esmein, t. XI, § 684 ter p. 67 et note 35; De Page, t. VIII-2, n° 1484; Laurent, t. XII n° 108; Labbe, *Du don en avancement d'hoirie et de son imputation en cas d'acceptation de l'hérédité par le donataire*, Revue prat. de droit français, 1861, t.11, pp. 315 et suiv. n° 40 et 42.

37[3]. Dès lors il n'est pas indifférent, quand il existe un seul héritier présomptif, de préciser dans l'acte si la libéralité constitue un avancement d'hoirie ou un préciput. La question de qualification a été soulevée à propos de l'application de l'article 918 C.civ., qui présume le préciput; s'applique-t-il au cas où il existe un seul héritier? Cf. sur la controverse en Belgique: De Page, t. VIII-2, n° 1463-4°.

37[4]. Une autre relation entre le caractère d'avancement d'hoirie et l'imputation, même en l'absence de rapport, intervient en ce qui concerne le respect par la libéralité du principe de fourniture de la réserve en nature. *V. infra* n° 182 et suiv.

mise en doute[1]. Le célèbre arrêt *Saint-Arroman*[2] en témoigne: en 1826, il décide qu'un legs de la quotité disponible peut s'exécuter entièrement en présence de dons en avancement d'hoirie, parce que ceux-ci n'ont entamé que la réserve. Du moins la controverse ne s'est jamais établie, dans la mesure où la libéralité n'excède pas la part revenant au gratifié dans la réserve. Le sort de l'éventuel surplus est discuté, mais il ne s'agit que d'une imputation subsidiaire; l'imputation principale, dans les limites de la part réservée du gratifié, est acquise[3]. Elle s'impose à la fois par respect de l'intention du disposant et à cause de l'essence de l'avancement d'hoirie[4].

A. — Le respect de l'intention du disposant:

39. — Le droit de disposer à titre gratuit en présence d'héritiers réservataires est limité à une quotité disponible, Il est logique de penser que le *de cujus* ne l'a utilisé que de façon restrictive. Il n'aura puisé dans cette masse que si cela a été rendu nécessaire, soit par les circonstances qui empêchent d'imputer la libéralité sur l'autre partie de la succession, parce que le gratifié, non réservataire, n'a aucun titre à en bénéficier, soit par le but qu'il poursuit d'avantager sans altérer les droits réservés et, de façon générale, héréditaires du bénéficiaire. La quotité disponible est affectée, en présence de libéralités faites à des réservataires, à celles qui sont de véritables avantages, aux préciputs[1]. En consentant un avancement d'hoirie, le père de famille n'entend pas précisément avantager l'enfant[2]; au contraire, en l'obligeant au rapport, il aligne son sort sur

---

38[1]. Un arrêt de la Cour de Cassation, Req. 31 mars 1869 (D. 1869.1.519), prenant la suite de quelques arrêts aberrants de Cours d'Appel (cités dans Demolombe, t. 19 n° 487 p. 496), décida le cumul de l'avancement d'hoirie et des droits réservés du gratifié. Mais il s'agit d'une décision d'espèce, fondée sur le souci de conserver un sens à un legs en avancement d'hoirie. Ce legs, étant fait à un héritier unique, se trouvait en effet privé de son seul intérêt, servir d'assignation de part au légataire grâce au jeu d'un rapport en valeur éventuel. La tentation de remédier aux conséquences fâcheuses de la présomption d'avancement d'hoirie des legs à successible n'existe plus pour les tribunaux, depuis que la loi de 1898 déclare ces legs préciputaires.

38[2]. Ch. Réunies 8 juill. 1826. S. Chronol. Décision fameuse à un autre titre, v. *infra* n° 170.

38[3]. La jurisprudence porte surtout sur l'imputation subsidiaire, dont la discussion suppose acquise l'imputation principale sur la réserve. *V.* les arrêts cités au § 3 ci-après.

38[4]. On peut aussi invoquer l'histoire: la solution était déjà admise dans l'ancien droit. Cf. Aubry et Rau par Esmein, t. XI, § 684 ter note 35; Waymel, *De l'imputation des libéralités faites à un héritier acceptant*, thèse Lille 1933, n° 15 pp. 45-48. C'était sur le même fondement qu'aujourd'hui.

39[1]. Le raisonnement doit être restreint aux libéralités adressées à des réservataires, car l'avancement d'hoirie fait à un frère, alors que la réserve est dévolue aux ascendants, même s'il ne constitue pas un véritable avantage, ne saurait s'imputer sur la réserve, à laquelle le frère n'a aucun droit. Le cas est rare; on comprend que la doctrine n'en tienne pas compte.

39[2]. Beudant-Voirin, t. VI, n° 157-158; De Page, t. VIII-2, n° 1484 et 1467.

celui des autres enfants, il assure l'égalité successorale. Le disposant attribue par anticipation au gratifié ce à quoi celui-ci a droit de toute manière. En quelque sorte il exécute de son vivant l'obligation naturelle de laisser une partie de son patrimoine à ses proches parents, obligation à laquelle correspond au décès l'institution de la réserve[3].

Il est naturel de penser que le disposant veut pouvoir consentir en outre de véritables avantages, créer des disparités entre héritiers, récompensant les uns et pénalisant les autres, ou favoriser un tiers[4]. Et le donateur prouve plus tard qu'il a eu cette intention, puisqu'il fait, postérieurement à l'avancement d'hoirie, des libéralités qu'on ne peut imputer que sur la quotité disponible; c'est le sort de ces libéralités qui constitue l'enjeu du conflit. Le disposant tient à conserver par devers lui son disponible[5].

40. — Il convient de se garder d'exagérer l'idée que le disposant, en faisant un avancement d'hoirie, n'a pas entendu conférer un avantage au bénéficiaire. Sans doute l'avancement d'hoirie s'oppose-t-il nettement au préciput sur le plan de l'intensité du désir du disposant de favoriser le gratifié. L'avancement d'hoirie n'est pas exactement une libéralité comme les autres. Mais de là à affirmer qu'il n'est pas une libéralité[1] il y a une marge à ne pas franchir hâtivement[2]. Le résultat de la négation du caractère libéral dépasse les espérances des tenants de ce point de vue, en matière d'imputation. Ils déduisent fort exactement que, puisqu'il n'y a pas disposition gratuite, il n'y a pas imputation sur la quotité disponible, qui est affectée aux seules libéralités; mais ils devraient aussi reconnaître qu'il ne saurait être question d'imputation sur la réserve, puisque les dispositions onéreuses échappent à toute confrontation avec la réserve comme avec la quotité disponible... Mais peut-être ces auteurs placent-ils l'avancement d'hoirie, sans l'affirmer ni *a fortiori* le démontrer, en dehors de la classification en actes à titre gratuit et actes à titre onéreux.

39[3]. Le caractère d'acompte de l'avancement d'hoirie constitue précisément l'autre argument en faveur de l'imputation sur la réserve. Infra *B* n° 41 et s.

39[4]. Beudant-Voirin, *loc. cit.* note 39[2]; De Page, *ibid.*; Planiol et Ripert t. 5 par Trasbot et Loussouarn n° 91; Aubry et Rau par Esmein, t. XI, § 684 ter note 35; Waymel, *op. cit.* 38[4], n° 14; Labbé, *op. cit.* 37[2], n° 41 et 43.

39[5]. C'est essentiellement une volonté négative: ne pas utiliser la quotité disponible, plutôt que la volonté positive d'utiliser la réserve. Certes le donateur peut éventuellement vouloir prélever les libéralités qu'il fait au profit des réservataires, sur la quotité rendue indisponible à leur profit par la loi. On pourrait alors lui reprocher d'oublier que la réserve échappe à sa volonté (cf. Marty, *Observations sur la réduction en valeur*, Etudes Ripert, 1950, pp. 524-537 n° 10). Mais nous noterons plus loin qu'au fond la volonté est secondaire en matière d'imputation. D'autre part la vocation du gratifié reste légale, si bien que la volonté du donateur est couverte par l'autorité de la loi; *infra* n° 84-88.

40[1]. Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, t. 4, 1963, n° 1703, partic. *in fine*.

40[2]. *V.* la discussion: *infra*, 3[e] Partie, titre 2.

Alors on comprendrait encore que l'avancement d'hoirie s'imputât sur la masse réservée, car, acte de disposition classique ou acte *sui generis* d'anticipation sur la dévolution successorale, il est acquis que l'avancement d'hoirie est de son essence une avance sur la succession. Et ce caractère commande la solution avec une telle évidence que le respect de l'intention du disposant, dont on ne peut d'ailleurs jamais être absolument sûr, apparaît comme un argument secondaire.

B. — L'essence de l'avancement d'hoirie:

41. — L'avancement d'hoirie est, par son origine historique, une avance sur la succession, ainsi que le proclame sont appellation même. « Les avancements d'hoirie... ne sont en réalité que des remises anticipées des parts que les donataires successibles doivent recueillir un jour dans la succession » affirment les Chambres Réunies de la Cour de Cassation dans l'arrêt *Saint-Arroman*[1]. Or la réserve constitue le noyau de la succession; la part de l'héritier dans la masse réservée forme l'attribution minima que celui-ci est assuré de recueillir. Il est donc logique que l'avancement d'hoirie, qui tend à nantir par avance le gratifié de sa part successorale, contribue d'abord à la remplir de sa part réservée; il est logique qu'il s'impute sur la réserve[2]. Si les biens étaient restés dans la succession, ils auraient servi à composer le lot de l'héritier et à le nantir de sa réserve[3].

L'imputation sur la réserve est conforme aux prescriptions de l'article 920 du Code Civil: « L'héritier réservataire ne peut demander la réduction des libéralités qu'autant qu'il ne recueille pas sa réserve dans la succession ». L'avancement d'hoirie étant une remise anticipée sur la succession, et l'imputation étant précisément le mécanisme qui résout le problème de savoir si les héritiers réservataires peuvent faire réduire les libéralités postérieures, nous nous trouvons bien dans le domaine d'application de cet article. Le réservataire ne saurait donc agir contre les donataires et légataires de son auteur, que si l'avancement d'hoirie ne l'a pas rempli de sa réserve[4].

Il est donc certain que l'avancement d'hoirie doit s'imputer sur la réserve, en tant qu'avance de succession. De même le partage d'ascendant,

---

41[1]. Précité 38[2].

41[2]. Beudant-Voirin, t. VI, n° 157 et 159; Aubry et Rau par Esmein, t. XI, § 684 ter note 35; De Page, t. VIII-2, n° 1467-C et 1484; Capitant, *De l'imputation et du rapport du don en avancement d'hoirie fait à un héritier réservataire qui accepte la succession*, Annales Univ. Grenoble, t. 13, 1901, pp. 522-523; Waymel, *op. cit.* 38[4] n° 13 p. 42.

41[3]. Labbé, *op. cit.* 37[2], n° 41.

41[4]. Beudant-Voirin, t. VI, n° 159 p. 217.

règlement anticipé de succession typique, s'impute sur la réserve; en ce sens, il est un avancement d'hoirie[5]. C'est l'un des nombreux points de contact des deux institutions[6].

Certains auteurs proposent une imputation sur la quotité disponible[7]. Ils voient en l'avancement d'hoirie essentiellement un instrument d'égalité entre héritiers. Or il n'est pas douteux qu'au point de vue théorique l'imputation est indifférente à la réalisation de l'égalité; celle-ci peut être atteinte aussi bien si l'on impute sur la réserve que sur le disponible. Par contre, au point de vue pratique, l'imputation sur la portion disponible serait préférable, car elle évite les effets désastreux des modes d'estimation fantaisistes du montant du rapport sur l'égalité des parts de réserve attribuées aux héritiers[8]. Mais cette doctrine néglige le caractère fondamental d'avance sur la succession de notre institution; et cela pour pallier des défaillances passagères du mécanisme du rapport, auxquelles il existe bien d'autres remèdes. D'ailleurs le système proposé aboutirait en fait à la disparition de l'avancement d'hoirie, car en le faisant le donateur se priverait de la faculté de consentir des avantages postérieurs, la quotité disponible étant déjà épuisée[9]. L'idée ne saurait être retenue. Mais il ne faudrait pas non plus tomber dans l'excès inverse et exagérer la portée du caractère d'avance sur la succession.

42. — L'interprétation erronée du caractère d'avance sur la part réservée du bénéficiaire de l'avancement d'hoirie dans la succession a conduit la jurisprudence à décider pendant une notable partie du XIXe siècle que la libéralité devait s'imputer sur la réserve même si le gratifié répudiait l'hérédité[1]. L'avancement d'hoirie constituant par sa nature une avance sur la réserve du gratifié, l'imputation sur la quotité

41[5]. COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 9e éd. par JULLIOT de la MORANDIÈRE, 1945, n° 1955 du t. 3.; MEURISSE, *Une institution à supprimer: le partage d'ascendant*, S. 1963, Chr. p. 16 *in fine*.

41[6]. *V. infra* Titre 3. L'imputation du partage d'ascendant ne joue toutefois pas le même rôle de vérification des atteintes à la réserve des cohéritiers, cette réserve étant protégée par des mécanismes spéciaux d'égalité entre copartagés. Le rôle n'est le même que si ces mécanismes ne peuvent pas jouer; c'est le cas du partage d'ascendant à lot unique. Cf. PELLEGRIN, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse Grenoble 1960, éd. Paris 1961, n° 95-96.

41[7]. MARTY, *Observations sur la réduction en valeur*, Etudes Ripert, 1950, pp. 524-537, n° 10 *in fine*; suivi par PATARIN, *La loi du* 19 *déc.* 1961..., R.G.N. 1962 art. 28.186, pp. 139-140, qui avait précédemment semblé condamner la solution: R.G.N. 1960 art. 27.956, p. 349.

41[8]. *Infra* n° 128-129, 195.

41[9]. CATALA, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, n° 297, p. 362.

42[1]. *V.* sur la question DEMOLOMBE, t. 19, n° 49-69 ter, pp. 56-147; *Adde*: BEUDANT VOIRIN, t. VI, n° 164-165 et 170-173; RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 2990 et suiv.; AUBRY et RAU par ESMEIN, t. XI, § 684 ter, p. 70, texte et note 39; MAZEAUD, t. 4, n° 1704-1706.

disponible ne pouvait se substituer à l'imputation sur la réserve par le seul fait de celui-ci, alors que le disposant avait légitimement cru conserver un champ d'imputation pour ses préciputs[42]. La libéralité devait continuer à entamer la réserve[43]. La jurisprudence était soutenue dans son opinion par une analyse erronée de la réserve, en laquelle elle voyait un « *jus sanguinis* », alors qu'elle est une « *pars hereditatis* ». Elle croyait également à une réserve individuelle de chaque héritier fixée au décès et ne subissant aucune modification par l'effet de la renonciation; dès lors, étant remplis de leur réserve, les héritiers acceptants ne pouvaient faire réduire la libéralité du renonçant.

L'arrêt *Lavialle*[44] marque le redressement en 1863 de cette jurisprudence, pour diverses raisons: découverte de la méprise historique sur la nature de la réserve, reconnaissance de son caractère collectif...; surtout on prit conscience de ce que la réserve, étant la succession *ab intestat* réduite à son minimum, ne saurait appartenir qu'à des héritiers. Or le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785 C.civ.); ses prétentions ne peuvent porter que sur la quotité disponible (art. 845 C.civ.), comme celles d'un quelconque étranger gratifié. L'imputation sur le disponible de l'avancement d'hoirie adressé à un héritier renonçant est aujourd'hui incontestée[45]. L'avancement d'hoirie est une libéralité avant d'être une avance sur la succession. Ce caractère de libéralité véritable se manifeste également à propos du débat crucial sur l'imputation subsidiaire.

§ 3. — L'imputation subsidiaire.

43. — Si l'accord s'est réalisé très tôt sur l'imputation de l'avancement d'hoirie sur la part de réserve du gratifié, le débat n'est pas encore clos quant à l'imputation de la partie de cette libéralité qui excède les

---

42[2]. Req. 11 août 1829, *Mourgues*, D. 1829.1.328; Civ. 24 mars 1834, *Castille*, S. 1834.1.145.

42[3]. Le gratifié réservataire pouvait bien entendu profiter en outre de la quotité disponible; il n'était pas question qu'il fût moins bien traité qu'un étranger. Il pouvait donc retenir la libéralité à concurrence du montant cumulé de sa réserve et du disponible (Civ. 17 mai 1843, *Leproust*, S. 1843.1.689 et les arrêts précités note 42[2]). Le système du cumul devait être abandonné avec l'admission de l'imputation sur la quotité disponible en 1863. Les solutions sont liées.

42[4]. Ch. Réunies 27 nov. 1863, *Lavialle*, S. 1863.1.513, concl. proc. Dupin, D. 1864.1.5, rapport Faustin Helie. Revirement précisé par Req. 10 nov. 1880, *Sirieys*, S. 1881.1.97, note Labbé.

42[5]. Si le donateur veut éviter que sa quotité disponible soit inopinément absorbée, il peut stipuler que l'avancement d'hoirie sera caduc en cas de renonciation. Cf. Labbe, note au S. 1881.1.97, sous l'arrêt précité note 42[4]; et Aubry et Rau par Esmein, t. XI, § 684 ter, note 39.

droits réservés du bénéficiaire[1], malgré une récente prise de position catégorique de la Cour de Cassation. Certains auteurs considèrent la question comme inextricable[2]. Deux systèmes se partagent les faveurs de la doctrine et de la jurisprudence. La théorie de l'imputation sur la quotité disponible aboutit à restreindre les droits des donataires postérieurs et des légataires. La théorie de l'imputation sur la réserve globale laisse libre le disponible et oblige le gratifié à fournir sur son avancement d'hoirie la réserve de ses cohéritiers.

A. — La thèse de l'imputation sur la quotité disponible:

44. — La Cour de Cassation s'est prononcée récemment en faveur de l'imputation sur la quotité disponible de la partie de l'avancement d'hoirie qui excède la part de réserve du gratifié[1]. Les partisans de ce système sont nombreux[2]; dès le XIX[e] siècle il a reçu la consécration de l'une des Chambres de la Cour Suprême et de maintes juridictions[3]; la Commission de Réforme du Code Civil l'a retenu dans son avant-projet[4]. Il est probable que désormais il ne sera plus mis en question sur le plan jurisprudentiel.

43[1]. La question est souvent dite *Cumul et non-cumul.* On peut estimer cette expression assez peu heureuse; car, si l'imputation sur la réserve globale, l'une des solutions, est un non-cumul de la réserve et de la quotité disponible, c'est cependant autre chose que l'imputation sur la seule part de réserve du gratifié. La terme d'imputation subsidiaire est plus large et suffisamment clair.

43[2]. Catala, *L'art.* 866 *du Code Civil et l'attribution de la réserve,* R.T.C. 1960, pp. 409-411, n° 16-17.

44[1]. Civ. 23 juin 1964, *Lacombe,* G.P. 1964.2.381, R.G.N. 1964 art. 28557 et étude J. Mazeaud art. 28556, J.C.P. 1964.2.13819 obs. Patarin, J.N. 1964 art. 47337 note Raison, obs. Savatier R.T.C. 1964.771 et 1965.158; Civ. 1[er] déc. 1964, *Pellaton,* G.P. 1965.1.114, R.G.N. 1965 art. 28663, J.N. 1965 art. 47470 note Raison, D.S. 1965.J.341 note Esmein.

44[2]. Aubry et Rau par Esmein, t. XI, § 684 ter, pp. 68-69, texte et notes 36-37; De Page, t. VIII-2, n° 1487; Colin-Capitant, t. 3, 9[e] éd. par Julliot de la Morandière, n° 1546; Savatier, *Cours de Droit Civil,* t. 3, 1945, n° 612; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et Testaments,* t. 1, 3[e] éd., 1905, n° 945-957; Laurent, t. XII, n° 108.

Labbé, *op. cit.* 37[2], n° 44-71; Capitant, *op. cit.* 41[2] pp. 515-543; Patarin, art. cit. 41[7], R.G.N. 1962, pp. 138-139 et obs. précitées note 44[1] au J.C.P. 1964; J. Mazeaud, Esmein, Savatier, obs. précitées note 1; Dahan, *L'imputation des libéralités faites à l'héritier réservataire acceptant,* D.S. 1965 Chr. pp. 167-174.

44[3]. Civ. 2 mai 1838, *Fédas,* S. 1838.1.385; Civ. 3 août 1870, *De Baroncelli,* D. 1872.1.356, S. 1870.1.393; Grenoble 22 févr. 1871, id., D. 1872.2.181, S. 1873.2.48; Agen 31 déc. 1879, *Bacon,* S. 1880.2.97, note Labbe; Civ. 31 mars 1885, *Moreau,* S. 1885.1.302; Civ. 8. févr. 1898, *De Sartiges,* S. 1899.1.137 note Wahl, D. 1899.1.265; Trib. Civ. Arras 30 janv. 1935, *Houllier,* G.P. 1935.1.677, 1935 art. 38426 note Deyzac.

44[4]. Travaux 1953-1955, pp. 386-388.

La faveur dont jouit la théorie repose sur l'argumentation attrayante sur laquelle celle-ci se fonde. Au XIXe siècle le système s'est heurté à des objections majeures: sa technique s'est perfectionnée pour y répondre. Cependant il nous semble qu'il donne prise à une critique efficace.

45. — *a*) L'argument essentiel est tiré de l'irrévocabilité des donations (articles 894 et 953 C.civ.). Celle-ci s'oppose à ce que le donateur revienne sur l'avancement d'hoirie, comme sur toute autre donation. Il lui est interdit d'anéantir ou simplement de diminuer l'émolument du donataire par une reprise directe du bien, ou par un procédé indirect, consistant notamment à disposer une nouvelle fois de ce qu'il a donné. Or si l'on admet l'imputation sur la réserve *in globo*, l'avancement d'hoirie se trouve amputé par l'obligation du gratifié de fournir à ses cohéritiers leur réserve, par voie de rapport et de réduction. La portion disponible reste libre au profit des donataires postérieurs et des légataires, alors que s'il n'y avait pas eu de libéralités subséquentes, elle aurait servi à absorber l'excédent de l'avancement d'hoirie sur la part de réserve du donataire. Le disposant, par ses nouvelles libéralités, fait que le gratifié se voit retirer une partie de ce qui lui a été donné.

La seule donation qui échappe à l'irrévocabilité est celle qui est opérée par contrat de mariage (art. 947 et 1086 C.civ). Aussi les tenants de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible admettent-ils en général que le donateur se réserve dans ce cas la faculté de continuer à disposer de la quotité disponible[1], par une clause expresse, bien entendu. Certains émettent cependant des doutes sur la validité de cette clause. Pour les uns, la réserve qu'autorise l'article 1086 ne saurait porter que sur un effet ou une somme fixe, que ce texte — et celui de l'article 946 dont il constitue l'application — mentionne seuls[2]; pour d'autres, la stipulation serait un pacte sur succession future, puisqu'elle modifie les effets du rapport, ne bénéficiant d'aucune dérogation à la prohibition[3]. D'autre part la clause s'accorde assez mal avec les autres arguments de la théorie de l'imputation sur la quotité disponible.

46. — Le raisonnement en faveur de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible prend également appui sur les articles 857 et 921 du Code Civil: ni le rapport, ni la réduction d'une libéralité ne peuvent profiter aux donataires et aux légataires du défunt. Or ce sont des personnes agissant en leur qualité de gratifiés du *de cujus* qui demandent la répartition de l'avancement d'hoirie entre les réservataires, afin que soit dégagée la quotité disponible sur laquelle les libéralités dont ils ont bénéficié pourront s'exécuter.

45[1]. Civ. 8 fév. 1898, *De Sartiges*, précité 44[3], et la note WAHL; PATARIN, ESMEIN, notes précitées 44[1].

45[2]. J. MAZEAUD, étude précitée 44[1].

45[3]. SAVATIER, obs. R.T.C. 1965.158.

47. — On ajoute parfois un argument de bon sens: une avance ne saurait porter que sur ce que son bénéficiaire doit recevoir plus tard, et non sur ce que doivent recevoir d'autres; l'avancement d'hoirie ne peut donc porter que sur la part de réserve du gratifié et non sur celle des cohéritiers. Cet argument laisse présager les difficultés qui peuvent s'élever une fois admise l'imputation sur la quotité disponible. En effet il conduit à admettre l'imputation seulement à concurrence de ce qui doit revenir au gratifié dans la succession, c'est-à-dire à concurrence de sa part héréditaire. Or sur ce point divers systèmes se sont opposés, avec un vice commun, qui fut finalement extirpé de la théorie.

48. — *b*) Au cours du XIXe siècle, le principal reproche adressé à la thèse de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible était de faire fi du caractère d'avancement d'hoirie de la libéralité. Car les tenants du système refusaient de répartir entre les cohéritiers l'excédent imputé sur le disponible[1]. En effet, exposaient-ils, le *de cujus* ayant disposé de la quotité disponible au profit des gratifiés préciputaires, les cohéritiers non gratifiés doivent être réduits à leur réserve, c'est l'effet normal du legs de la quotité disponible. L'avancement d'hoirie, étant une donation irrévocable, ne subit pas les conséquences des libéralités postérieures, mais, comme il ne peut profiter aux cohéritiers réduits à leur réserve, il reste acquis au seul donataire[2]. Ainsi l'avancement d'hoirie se transformerait en préciput quant à ce qui excède la part de réserve du gratifié!

La doctrine et la jurisprudence de la fin du XIXe siècle revinrent sur cette erreur. Tirant les conséquences du caractère de l'avancement d'hoirie, les partisans de l'imputation sur la quotité disponible décident désormais la répartition de l'excédent entre tous les héritiers. La Cour de Cassation a consacré cette solution en 1898[3]. Cependant on rencontre encore quelques décisions de jurisprudence qui hésitent à l'admettre[4]. On peut penser que ces arrêts sont sensibles à l'une des critiques majeures qu'encourt le système.

49. — *c*) La théorie de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible ne satisfait pas l'esprit.

Ce qui choque surtout en elle, c'est que par le jeu du rapport les coréservataires du gratifié vont se partager l'excédent de l'avancement d'hoirie imputé sur la quotité disponible. Ils vont bénéficier de cette

---

48[1]. Civ. 3 août 1870, *De Baroncelli*, précité 44[3]; Agen 31 déc. 1879, *Bacon*, précité eod. loc., et la note de LABBE.

48[2]. LABBÉ, *op. cit.* 37[2], n° 72-91, et note mentionnée ci-dessus, II.

48[3]. Civ. 8 févr. 1898, *De Sartiges*, précité 44[3].

48[4]. Trib. civ. Seine 11 mai 1922, *Berthier de Wagram*, D. 1923.2.68, confirmé par Paris 27 nov. 1924, D.H. 1925.10. Il est vrai que les circonstances de l'affaire étaient assez particulières (*v. infra* n° 83); les cohéritiers, étant légataires universels, ne pouvaient pas demander le rapport, mais le tribunal affirme le contraire, et pourtant il n'impose pas le rapport de l'excédent.

répartition en plus de leur part de réserve[1]. Alors qu'en disposant de la quotité disponible, le *de cujus* a démontré qu'il se souciait peu des successibles non gratifiés, qu'il entendait qu'ils se contentent de leurs droits minima, de leur réserve. Sans doute les coréservataires ont-ils un titre à la répartition supplémentaire: leur droit au rapport. Mais l'effet du mécanisme du rapport, ainsi appliqué de façon à les faire bénéficier de la quotité disponible, ne va-t-il pas à l'encontre des intentions du disposant? Le donateur veut l'égalité entre héritiers, certes; mais il ne veut pas que par le jeu des règles légales d'égalisation des parts, les héritiers non dotés reçoivent plus que leur minimum légal, au détriment des donataires ultérieurs[2]. L'obstacle tient à l'intention évidente du *de cujus* de ne pas faire bénéficier les réservataires qu'il a négligés d'une part du disponible, s'il faut indirectement arracher celle-ci aux donataires et légataires subséquents par la réduction. Les cohéritiers du gratifié ont droit à une part de quotité disponible, mais ils ne peuvent l'obtenir que s'il n'existe pas d'autre moyen de les remplir de leurs quote-parts dans l'avancement d'hoirie[3].

50. — Cependant l'intention du *de cujus* formulée sous son autre aspect est moins convaincante. Cette autre présentation affirme: il est manifeste que le donateur a entendu se réserver la quotité disponible pour faire des libéralités postérieures, des faveurs véritables, ainsi que le prouvent ses actes ultérieurs. Or, si l'avancement d'hoirie vient entamer, voire absorber, la quotité disponible, cette intention est déjouée et les

---

49[1]. *V.* le rapport de M. Boulanger et la discussion à la Commission de Réforme du Code Civil, Travaux 1953-1955, p. 386.

49[2]. Idée que certains (cf. note anonyme au S. 1911.1.188 sous Req. 13 mars 1907, *Balthazard*) ont exprimé ainsi: Les coréservataires sont réduits à leur réserve par la disposition de la quotité disponible; le donataire en avancement d'hoirie, qui doit recevoir autant qu'eux, pas plus, n'obtiendra donc aussi que sa réserve.

Ce raisonnement est curieux: il détermine ce qu'obtiendra l'héritier gratifié par ce qui doit rester à ses cohéritiers. C'est exactement l'inverse de la démarche du rapport, qui fixe ce que reçoivent les cohéritiers non gratifiés par ce qu'a obtenu le gratifié. Il aboutit à ne jamais admettre l'avancement d'hoirie d'un montant supérieur à la réserve globale, car celui-ci répartirait à chaque héritier plus que sa part de réserve... L'erreur de base est de croire que les droits des cohéritiers sont absolument limités à leur réserve.

49[3]. Soient 2 enfants, un avancement d'hoirie à l'un de 36, des biens existants dans la succession de 14, une donation postérieure à un tiers de 10; c'est-à-dire une masse de calcul de la réserve de 60, dont 40 de réserve et 20 de quotité disponible.

Avec le système de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible, l'avancement d'hoirie absorbe 16 des 20 de la quotité disponible; la donation postérieure est réduite à 4. Grâce à cette réduction, la masse à partager est de $36 + 14 + 6 = 56$, et chacun obtient 28. Alors que le père de famille s'était dit: je donne 36 à l'un; comme il y a rapport, il impute son don sur sa part successorale, sur $36 + 14 = 50/2 = 25$; il rendra les 11 reçus en trop à son frère, qui obtiendra les biens existants = 14, plus cette soulte de 11, soit 25 aussi, le minimum légal.

avantages consentis sont réduits. Cette analyse met l'accent sur les intentions du donateur à l'égard de ses donataires et légataires, plutôt qu'à l'égard de ses réservataires[1].

La critique de la volonté prêtée au disposant est aisée. D'abord celui-ci doit savoir qu'en matière de succession aucune prévision ne peut être formée avec une certitude absolue; par exemple si le donataire en avancement d'hoirie renonce à la succession ou prédécède sans postérité, le bouleversement sera plus grand encore, puisque c'est l'intégralité de la donation qui s'imputera sur le disponible. Ensuite nul ne connaît les intentions du disposant[2]; la volonté que l'avancement d'hoirie soit imputé au détriment des libéralités postérieures n'est pas inconcevable.

Mais l'idée d'un débordement sur la quotité disponible, pour ne pas être poussée jusqu'à la transformation de l'avancement d'hoirie en préciput, exige de la part du *de cujus* une subtilité certaine. Admettons cependant que le donateur ne désire pas conserver libre sa quotité disponible. Quel est le résultat? une absence d'intention quant au sort des gratifiés postérieurs. Alors pourquoi ne pas admettre que l'intention exprimée sous son autre aspect fasse pencher la balance en faveur de l'imputation sur la réserve globale?

51. — L'analyse des intentions souffre d'un vice, insuffisant pour en émousser la force comme critique, mais suffisant pour conférer une grande fragilité à son utilisation comme argument positif.

En effet, la recherche de l'intention du disposant conduit à un système incertain, à des solutions variables suivant les circonstances. Les investigations sont délicates et n'apportent aucune certitude. Certains auteurs préconisent pourtant ce mode de résolution du problème[1]; il permettrait de rendre compte des décisions contradictoires de la jurisprudence.

50[1]. Boulanger, *op. cit.* 49[1]; Beudant-Voirin, t. VI, n° 159 p. 218; Raison, note précitée 44[1].

50[2]. Labbé (note au S. 1880.2.97) a brillamment démontré qu'il est plausible d'admettre que le *de cujus* a prévu le débordement sur la quotité disponible, plutôt que l'imputation sur la réserve globale. Il prend l'exemple d'une constitution de dot: le père de famille n'a pu vouloir que la donation en avancement d'hoirie, qu'il fait à sa fille, soit diminuée pour que ses frères y prennent leur réserve, alors qu'il pourra disposer de la quotité disponible au profit d'étrangers; le gendre lui eût répondu *gardez votre argent et votre fille.*

Toutefois ce raisonnement péche pas excès, l'amputation des ressources que craint le gendre se produit tout aussi bien par le rapport, qu'il ne refuse pas. L'objection n'arrêtait pas Labbé, parce que pour lui l'excédent de l'avancement d'hoirie, imputable sur la quotité disponible, ne se partageait pas entre cohéritiers; mais aujourd'hui on admet ce partage. Certes, dans le système de l'imputation sur la quotité disponible, le donataire en avancement d'hoirie obtient davantage que dans le système de l'imputation sur la réserve globale (v. l'exemple ci-dessus 49[3]; il obtient 28 au lieu de 25), mais son émolument est amputé aussi

51[1]. Planiol et Ripert, t. 5 par Trasbot et Loussouarn, n° 98; Trasbot, Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit Civil, 1954, V° *Quotité disponible* n° 287; Catala, *op. cit.* 43[2], n° 17.

Par ailleurs il ne faut pas se laisser abuser quant à l'importance de la volonté en la matière. Certes, d'une part, il existe des arrêts anciens qui ont admis l'imputation totale de l'avancement d'hoirie sur la quotité disponible[2]. Mais nous avons déjà relevé qu'il s'agit d'une erreur provoquée par la fâcheuse législation qui obligeait au rapport des legs; ces décisions visent d'ailleurs le cas de l'héritier unique, alors que le problème de l'imputation subsidiaire suppose une pluralité d'héritiers. Il est vrai, d'autre part, que la Cour de Cassation a affirmé à plusieurs reprises que « si les donations faites par préciput et hors part à des héritiers réservataires doivent, en principe, s'imputer sur la quotité disponible, les juges du fond peuvent, en s'appuyant sur les documents, faits et circonstances de la cause, décider que l'intention des parties a été que la donation soit imputée sur la réserve »[3]. Mais la formule n'a pas la portée que sa netteté laisse supposer[4]; l'étude des espèces dans lesquelles elle a été mise en application montre qu'elle n'est rien d'autre qu'une manifestation du principe selon lequel le juge doit qualifier un acte selon sa nature et non selon l'appellation que les parties lui ont conférée; il s'agit simplement de laisser les juridictions du fond retrouver la donation-partage ou l'avancement d'hoirie derrière l'étiquette de préciput[5]. L'imputation sur la réserve est alors celle de tout partage d'ascendant et de toute libéralité rapportable. L'intention du disposant quant à la quotité disponible n'a été efficace que parce qu'il a en réalité voulu faire un acte dont la nature imposait l'imputation sur la réserve[6]. La nature de la libéralité est le seul fondement de solution qui soit certain et stable, et on ne saurait en faire fi. Or l'analyse de la nature de l'avancement d'hoirie conduit à l'imputation sur la réserve globale.

51[2]. Précités 38[1].

51[3]. Req. 7 mars 1932, *De la Rivière*, D.H. 1932. 201, S. 1932.1.123; Req. 27 fév. 1922, *Allieis*, D. 1922.1.184, S. 1923.1.229. Adde: Req. 19 nov. 1867, *Lecoufle*, S. 1867.1.447, D. 1868.1.75; Req. 9 déc. 1856, *Aubertot*, D. 1857.1.116.

51[4]. MM. Trasbot, *op. praecit.* note 1, n° 274 et 276, et Raison, note cit. 44[1], p. 665, en tirent un argument essentiel en faveur de l'efficacité de l'intention du disposant quant à l'imputation de l'avancement d'hoirie.

51[5]. Les arrêts de 1932 et de 1867 reconnaissent qu'il y avait donation-partage. L'arrêt de 1856 vise de préciputs égaux allotissant tous les héritiers et formulés par le même acte: la donation-partage était également évidente. Quant à l'arrêt de 1922, il pouvait se permettre de décider l'imputation de la libéralité sur la réserve, sans en imposer le rapport, car l'héritier était unique et de ce fait l'acte pouvait être un avancement d'hoirie sans être sujet au rapport.

On cite aussi l'arrêt *Berthier de Wagram*, rendu par la Cour de Paris le 27 mai 1924, précité 48[4]. Là, le legs, qui paraissait préciputaire, s'analysait en réalité en un avancement d'hoirie. Cf. Vialleton, *Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve*, R.T.C. 1940-41, pp. 35-37; et *infra* n° 83.

51[6]. La même constatation fait qu'on ne saurait tirer argument, en faveur du pouvoir du disposant, de ce que c'est la volonté de celui-ci qui décide si une libéralité est avancement d'hoirie ou préciput et détermine donc toujours l'imputation, ainsi que l'affirment MM. Catala, art. cit. 43[2], n° 17, et Patarin, art. cit. 41[7], R.G.N. 1962 p. 139.

B. — L'imputation sur la réserve globale:

52. — La vigueur de l'argumentation tirée de la nature de l'avancement d'hoirie et la faillite des objections présentées imposent d'accorder au système de l'imputation sur la masse réservée entière la prépondérance sur son concurrent.

53. — *a*) Le propre de la libéralité en avancement d'hoirie, l'un des aspects les plus apparents de sa nature complexe, est son caractère collectif. L'avancement d'hoirie bénéficie à tous les héritiers, et en premier rang aux réservataires. Le rapport reconstitue la succession globalement, et d'abord son noyau: la réserve. L'avancement d'hoirie doit donc s'imputer sur la réserve de chacun des cohéritiers, c'est-à-dire aussi sur la réserve globale.

Au XIXe siècle ce point de vue a été soutenu à partir d'une conception technique erronée du rapport. Vernet professait que par son effet résolutoire, le rapport fait disparaître la libéralité, l'efface complètement; que, l'avancement d'hoirie étant censé n'avoir jamais existé, il ne saurait se poser de problème d'imputation, car la quotité disponible n'a jamais été entamée et tous les biens donnés figurent encore dans la succession. En conséquence le contenu de l'avancement d'hoirie remplit tout naturellement, en tant que constituant les biens libres de la masse successorale, les légitimaires de leurs droits réservés[1]. Cette théorie escessive a été quelque peu adoucie par Demolombe[2], puis reprise par certains auteurs récents[3]. On affirme: le rapport opère résolution de la libéralité, qu'il s'exécute en nature ou en moins prenant. Sans doute, les donataires postérieurs et les légataires n'ont-ils aucun droit sur les biens rapportés, mais ceux-ci font partie de la succession à l'égard des cohéritiers, et cela suffit pour que, suivant le sort des biens existants, ils s'imputent sur la réserve des héritiers. La réfutation est aisée: le rapport en valeur n'étant nullement résolutoire[4], la théorie serait curieusement limitée au cas du rapport en nature[5]!

La seule analyse de l'avancement d'hoirie suffisamment exacte et générale pour être efficace consiste à faire ressortir que le résultat du rapport est de répartir le profit entre tous les héritiers[6]. Le rapport

---

53[1]. Vernet, *Des effets de l'acceptation de la succession du donateur par l'héritier réservataire donataire en avancement d'hoirie*, Rev. prat. de Droit Français, t. 11, 1861, pp. 449 et suiv., partic. p. 458.

53[2]. Demolombe, t. 19, n° 488-489.

53[3]. Waymel, th. cit. 38[4], n° 24 pp. 72-74; Josserand, *Cours de Droit Civ. Fr.* t. 3, 1939, n° 1717.

53[4]. *V. infra* n° 377-382.

53[5]. Si tant est que l'on admette que celui-ci est résolutoire. Or cela même est douteux; *v. infra* n° 384-398; le raisonnement est susceptible de s'effondrer entièrement.

53[6]. Aubry et Rau, 4e éd., 1875, t. VII § 684 ter note 36; Beudant-Voirin, t. VI, n° 159 p. 218; Waymel, th. cit. 38[4], n° 24. Adde: J. Mazeaud, étude précitée 44[1], n° 6.

remet la libéralité dans la succession, au moins en valeur, parfois même en nature. Il reconstitue la masse successorale, et partant la masse réservée, qui est la succession ramenée à son minimum incompressible. Les cohéritiers bénéficient du rapport grâce à leur qualité d'héritiers; il est logique que ce qu'ils reçoivent en cette qualité, ils l'imputent sur leurs droits héréditaires, à commencer par la réserve, ainsi que nous l'avons exposé à propos de l'imputation principale, qu'il s'agisse des biens existants ou de l'avance d'hoirie.

Ajoutons que, la réserve étant, actuellement encore, collective, la notion de réserve globale présente une réalité juridique incontestable. Cet état de choses rend plus aisée la formulation de la théorie. Mais il n'entre pour aucune part dans son élaboration. Que la réserve soit collective ou individuelle ne change rien au raisonnement; l'avancement d'hoirie, profitant à tous les héritiers, s'impute logiquement sur la réserve de chacun, noyau de ses droits successoraux, que ces réserves se trouvent juridiquement unies en une « réserve collective » ou simplement juxtaposées en une « réserve globale » d'ordre comptable. La désaffection actuelle de la doctrine, et peut-être de la jurisprudence, pour le caractère collectif de la réserve n'atteint pas le système d'imputation de l'avancement d'hoirie sur l'ensemble de la réserve.

54. — *b*) Les objections qui sont opposées au système de l'imputation de l'avancement d'hoirie sur la réserve en masse, et qui servent d'arguments au système adverse, sont impuissantes à compromettre la valeur du raisonnement, car elles ne sont pas fondées.

55. — Il ne saurait être question de contester le principe même de l'irrévocabilité des donations, qui sert d'argument essentiel contre l'imputation sur la réserve globale[1].

Cependant relevons d'abord qu'on est pris de doute quant au caractère absolu de l'irrévocabilité arguée, lorsqu'on observe que nombre de ceux qui soutiennent l'imputation sur la quotité disponible, en se fondant sur elle, admettent que le donateur stipule l'imputation sur la réserve[2]. Or qu'est-ce, selon eux, que l'imputation sur la réserve, sinon une atteinte à l'irrévocabilité? Dès lors l'insertion d'une clause en ce sens est le type même de la condition protestative prohibée par le principe qu'ils invoquent! Peut-être l'irrévocabilité n'est-elle pas d'ordre public?

Le fond du problème consiste à savoir si l'irrévocabilité est véritablement violée. Elle ne l'est certainement pas si l'avancement d'hoirie a été fait par legs; le legs peut être révoqué par des libéralités subséquentes. Qu'en est-il en cas de donation?

55[1]. *V. infra* n° 485.

55[2]. Catala, art. cit. 43[2], n° 17.

L'irrévocabilité n'est pas violée par le fait que le donataire obtient moins que le montant de sa donation. Le donataire ne verse pas directement aux légataires une partie de sa donation, comme ce serait le cas s'il y avait imputation sur sa part de réserve seule[3]. Il rend les biens à la cohérie, c'est l'application normale du rapport; le donataire ne reçoit pas moins que sa quote-part de l'avancement d'hoirie divisé par le partage consécutif au rapport.

On sera tenté d'objecter que ce raisonnement repose sur une confusion du rapport et de la réduction; c'est celle-ci qui atteint la libéralité, puisqu'il s'agit de reconstituer la réserve des cohéritiers. L'imputation sur la réserve en bloc se présente assez sensiblement comme un changement de l'ordre de réduction des libéralités[4], l'avancement d'hoirie étant réduit avant les libéralités postérieures[5]. Si ces dernières n'avaient pas été consenties, cette réduction, destructrice de la donation, ne serait pas intervenue; l'irrévocabilité est donc atteinte[6].

Répliquons d'abord que, si le rapport s'exécute en nature, la réduction n'est plus nécessaire, car les biens sont remis dans la succession, et les héritiers trouvent leur réserve dans la masse. Seul le rapport intervient; c'est exactement la situation que nous avons analysée ci-dessus.

Si le rapport a lieu en valeur, il est impuissant à reconstituer la réserve des cohéritiers, qui doit être fournie en nature; la réduction joue. Or elle constitue une diminution de la donation fort différente du rapport. D'une part elle est plus lourde que le rapport: elle s'effectue en principe en nature, et son importance, en nature comme en valeur, est toujours établie proportionnellement à la valeur actuelle du bien, alors que le rapport s'opère en valeur et en principe pour une somme fixe. D'autre part, la réduction dépend de l'existence de libéralités postérieures ayant absorbé les biens libres de la succession, alors que le rapport est dû quel que soit le comportement ultérieur du donateur; si le disposant n'avait pas consenti ces libéralités, les réservataires auraient pris leur réserve sur les biens existants; car on ne réduit une libéralité que lorsqu'il n'existe pas assez de biens libres dans la succession.

Est-ce à dire que la réduction est la conséquence de la volonté du donateur, qui aura alors violé l'irrévocabilité de sa précédente donation? Le donateur a-t-il pu imposer que l'avancement d'hoirie soit réduit avant les libéralités postérieures? Ripert et Boulanger soutiennent

---

55[3]. Le résultat est le même, sauf en cas d'avancement d'hoirie excédant la réserve globale, mais la technique de restitution est différente, et c'est ce qui importe.

55[4]. Ce n'est pas une réduction complète de l'avancement d'hoirie; car le gratifié conserve sa part de réserve par le jeu du rapport en moins prenant et non par l'effet d'une réduction en valeur, ce qui serait le cas si tout ce qui porte sur la réserve dans l'avancement d'hoirie était réduit (*v. infra* n° 186); mais la réduction joue incontestablement pour le surplus, pour fournir la réserve des cohéritiers.

55[5]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2983.

55[6]. Cpr. Planiol et Ripert, t. 5 par Trasbot et Loussouarn, n° 109.

que cette modification de l'ordre des réductions peut être l'œuvre du disposant, *a fortiori* de son pouvoir d'imposer le rapport en nature, qui est encore plus rigoureux pour le donataire[7]. C'est oublier une différence capitale: le jeu du rapport ne dépend pas de l'humeur du donateur, il est décidé une fois pour toutes lors de la conclusion du contrat de donation; tandis que le jeu de la réduction dépend de son bon plaisir de faire des libéralités postérieurement à l'avancement d'hoirie. Qu'on n'oppose pas à l'incertitude qui résulte pour le donataire du pouvoir du donateur de faire de nouvelles libéralités, la faculté de renonciation du gratifié, dont l'exercice replace la libéralité à son rang chronologique de réduction! Ce raisonnement ressemble à celui qui au XIXe siècle exigeait la répudiation de l'hérédité pour que l'avancement d'hoirie devînt irrévocable[8], et qui a été rejeté par la Cour de Cassation. On pourrait aussi tirer argument d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 août 1870, qui décide que l'ordre de réduction des donations dépend de la volonté du disposant, expresse ou résultant de la nature ou de la contexture de l'acte[9]. Mais il s'agit d'une décision isolée, qui exprime en termes trop absolus la conclusion d'un cas d'espèce; elle est unanimement critiquée[10].

Donc, même s'il y a réduction de l'avancement d'hoirie, le disposant ne peut pas être accusé de l'avoir imposée et d'avoir ainsi violé l'irrévocabilité. L'ordre de réduction des libéralités, comme la réduction elle-même, ne peut découler que de la loi. En l'occurrence il est supposé par la nature de la libéralité en avancement d'hoirie. Or on ne saurait reprocher au disposant d'avoir choisi l'avancement d'hoirie pour gratifier son héritier; et on ne peut davantage lui interdire de consentir des libéralités ultérieurement!

D'autre part, le résultat critiqué de la réduction n'est pas aussi différent qu'on l'affirme de celui du rapport, que l'on ne critique pas. Avec le système de l'imputation sur la réserve globale, le donataire ne reçoit pas moins, en droit, dans la donation que par le jeu normal du rapport, qui intervient quel que soit le système d'imputation. Car le rapport, quoique fait en valeur, est censé reconstituer la succession aussi bien que s'il était fait en nature, c'est-à-dire aussi bien que la réduction; d'ailleurs la réduction s'opère actuellement en valeur, sauf exception. Et la différence entre le montant du rapport, fixe en principe, et celui de la réduction, proportionnelle, n'a pas d'existence légale: les plus-values monétaires ne sont pas prises en considération par le droit. Si le donataire obtient moins par le système de l'imputation sur la réserve globale, c'est seulement dans les biens restés libres après l'avancement d'hoirie, sur lesquels le donateur ne lui avait conféré aucun droit; ceux-ci

---

55[7]. *Loc. cit.* note 5.

55[8]. *V. infra* n° 485.

55[9]. Req. 10 août 1870, *Dupin*, D. 1872.1.81, S. 1872.1.180.

55[10]. Notes anonymes au D. et au S. sous l'arrêt, et PLANIOL et RIPERT, t. 5 par TRASBOT et LOUSSOUARN, n° 109

se trouvent affectés à des libéralités ultérieures qui ne sont pas sujettes à réduction, au lieu d'être réservés aux légitimaires et de dégrever d'autant l'avancement d'hoirie, qui profite à tous les héritiers, dont le donataire. Le donataire est exclu de la quotité disponible par les gratifiés ultérieurs. On ne voit pas en quoi le donateur s'est réservé dans l'avancement d'hoirie moyen de revenir à son gré sur la donation.

D'ailleurs il n'existe même pas l'apparence matérielle d'une révocation de l'avancement d'hoirie au profit des libéralités subséquentes, qui résulterait d'une attribution aux gratifiés postérieurs des biens dont le défunt s'est déjà dépouillé. Les légataires et les institués contractuels, respectant les article 857 et 921 du Code Civil, se contentent des biens existants; les donataires de biens présents, ayant déjà reçu leur gratification, n'ont aucun titre à réclamer un émolument supplémentaire[11]. Les articles 857 et 921 apparaissent à ce point de vue comme les protecteurs de l'irrévocabilité de l'avancement d'hoirie, et indirectement comme un appui de la théorie de l'imputation sur la réserve globale. Pourtant ces textes constituent l'un des arguments que l'on oppose à ce système.

56. — L'objection à l'imputation sur la réserve en bloc qui est tirée des articles 857 et 921 du Code Civil, interdisant aux donataires et aux légataires du défunt de demander le rapport ou la réduction de l'avancement d'hoirie, repose sur une confusion[1]. Ce que demandent les gratifiés postérieurs, ce n'est pas le rapport ou la réduction; ils ne prétendent rien recevoir de ces opérations, ils se contentent des biens existants. Ils demandent l'imputation, agissant ainsi en délivrance de legs, ou opposant une fin de non-recevoir à une action en réduction de leurs dons. C'est pourquoi la limitation des bénéficiaires du rapport ne s'oppose pas, ainsi que nous l'avons déjà relevé[2], à l'imputation principale de l'avancement d'hoirie sur la réserve du gratifié. Il est curieux de noter qu'aucun des partisans de l'objection ne songe à contester cette imputation principale; si le raisonnement était exact, il les conduirait à l'imputation intégrale sur la quotité disponible[3].

57. — Le système de l'imputation de l'avancement d'hoirie sur la réserve globale ne rencontre pas d'objection insurmontable, et son fondement juridique est certain. Ajoutons qu'en fait il est fort satisfaisant. D'une part, il évite à l'avancement d'hoirie la suspicion qui découle de l'imputation sur la quotité disponible, dont le donateur sait qu'elle restreint sa faculté de consentir des libéralités postérieures, et notamment de faire une donation en pleine propriété à cause de mort à son conjoint[1];

55[11]. Req. 13 mars 1907, *Balthazard-Chambert*, D. 1910.1.309, S. 1911.1.188.
56[1]. Waymel, th. cit. 38[4], n° 30.
56[2]. *Supra* n° 37.
56[3]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2988; Patarin, obs. précitées 44[1].
57[1]. Raison, note au J.N. 1964 art. 47337, p. 667.

en conséquence le disposant s'abstient de recouvrir à l'avancement d'hoirie, fort commode cependant pour l'égalité des enfants; il tend à lui préférer le partage d'ascendant; l'avancement d'hoirie risque de disparaître complètement de la pratique. D'autre part, les résultats de l'imputation sur la réserve globale sont particulièrement équitables quant à la constitution de la réserve des cohéritiers; car la réduction joue largement; or elle seule est apte à assurer une égalité véritable entre les héritiers en présence d'un avancement d'hoirie[2]. Il est à souhaiter que le système de l'imputation sur la réserve globale trouve une consécration indiscutée.

L'avancement d'hoirie s'imputera donc sur l'ensemble de la masse réservée, sauf évidemment s'il excède cette masse. Il débordera alors sur la quotité disponible. Si l'on fonde la solution du problème de l'imputation uniquement sur l'intention du disposant de conserver la quotité disponible libre pour des libéralités ultérieures, le débordement est assez difficile à admettre[3]. Mais nous nous sommes appuyés sur la nature de l'avancement d'hoirie. D'ailleurs la volonté peut rencontrer des limitations légales.

Jusqu'aux arrêts de 1964 de la Cour de Cassation, la faveur pour le système tendait à croître en doctrine[4]. Dès le XIXe siècle certains auteurs avaient abandonné la théorie de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible, pour se rallier à sa concurrente, notamment AUBRY et RAU[5]. Avant la prise de position de la Cour de Cassation, la théorie a reçu le soutien d'auteurs considérables[6]. Ceux-ci bénéficiaient de l'appui du dernier arrêt de la Cour de Cassation, l'arrêt *Balthazard-*

57[2]. *V. infra* n° 139.

57[3]. Cf. COLIN-CAPITANT, 9e éd. par JULLIOT de la MORANDIÈRE, t. 3, n° 1546.

57[4]. La pratique notariale était divisée. Le *Journal des Notaires* défend l'imputation sur la réserve globale (DEPIERROIS, J.N. 1960 art. 46105; DEYZAC, J.N. 1940 art. 40442; RAISON, J.N. 1964 art. 47337). Le *Répertoire Général du Notariat* soutient au contraire l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible (PATARIN, R.G.N. 1962 art. 28186 pp. 138-139; MORIN, R.G.N. 1964 art. 28498); de même le *Manuel Roulois*, 11e éd., 1961, fascicules 1270 pp. 6-8 et 1275 pp. 1-2, instrument de base de la formation professionnelle, édité par le Conseil Supérieur du Notariat; et M. Serge NAULT, auteur d'un cours de notariat (J.C.P.N. 1963.4.3554).

M. CATALA, *op. et loc. cit.* 43[2], croit déceler l'indice d'une pratique de l'imputation sur la quotité disponible dans la rareté des décisions faisant application de l'art. 866 C.civ. (*v. infra* n° 74-75). En fait la question se présente rarement, et, comme son domaine est essentiellement familial, les considérations humaines interviennent souvent.

57[5]. AUBRY et RAU, t. VII, § 684 ter, 4e éd., opposée à la 3e éd. Un revirement récent: Franck DEYZAC, J.N. 1932 p. 580 et 1940 p. 6.

57[6]. TROPLONG, *Donations entre vifs et testaments*, t. 2, 1855, n° 982-983 et 1012; BEUDANT-VOIRIN, t. VI, n° 159, pp. 217-219; RIPERT et BOULANGER, t. 4. n° 2985-2989; MAZEAUD, t. 4, n° 1703; JOSSERAND, t. 3, 1939, n° 1717; WAYMEL, th. cit. 38[4], n° 23-24.

Chambert rendu le 13 mars 1907 par la Chambre des Requêtes[7]. Aujourd'hui la doctrine est impressionnée par la fermeté de la nouvelle position de la Cour de Cassation.

Cependant les décisions récentes de la Chambre Civile reposent sur une interprétation erronée de l'irrévocabilité des donations et de la limitation des bénéficiaires du rapport et de la réduction. De plus, il semble que la Cour de Cassation ait été sensiblement influencée par la position de la Commission de Réforme du Code Civil, qui rejette l'imputation sur la réserve globale[8]; cette commission, estimant à la suite de certains auteurs l'imputation liée au caractère collectif de la réserve[9], se fonde, outre les arguments habituels, sur la disparition de ce caractère, qu'elle a décidée auparavant; or actuellement celui-ci est encore imposé par le Code.

Certains des auteurs qui approuvent la Cour de Cassation ont d'ailleurs conscience de l'imperfection de la théorie de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible[10]. Aidé par une mise en lumière de la nature de l'avancement d'hoirie, un revirement de jurisprudence n'est pas impossible.

58. — Le système de l'imputation sur la réserve globale dégage un intérêt majeur de l'avancement d'hoirie: permettre à un disposant de favoriser l'un de ses successibles, sans pour autant perdre la possibilité de faire des libéralités ultérieures efficaces. Le système qui ne fait supporter à la réserve l'imputation de l'avancement d'hoirie que dans la mesure de la part réservée du gratifié et laisse déborder l'excédent sur la quotité disponible, n'atteint un tel résultat que partiellement; mais il conserve dans la même mesure l'intérêt de l'institution. A une époque à laquelle

---

57[7]. Références *supra* 55[11].

Certains auteurs ont soutenu qu'il s'agissait d'une décision d'espèce, fondée sur l'intention du donateur de se réserver la disposition de la quotité disponible. En réalité les circonstances étaient les mêmes que dans tous les cas où le problème se pose: un avancement d'hoirie ordinaire avait été suivi d'un préciput ordinaire; de sorte que la même intention devrait être relevée en toutes hypothèses... D'ailleurs si l'on se place dans l'optique des partisans de l'imputation sur la quotité disponible, se réserver l'usage de la quotité disponible, qui sert normalement à l'imputation de l'avancement d'hoirie, n'est-ce pas porter une atteinte typique à l'irrévocabilité ? Il n'est possible de se réserver de revenir sur une donation que dans l'hypothèse de l'article 1086 C.civ., et tel n'était pas le cas en l'espèce. A la décharge des contempteurs de l'arrêt de la Chambre des Requêtes, il faut reconnaître qu'il est rédigé de fâcheuse façon. Enonçant la situation habituelle, il la qualifie de circonstances particulières; et il se débarrasse de l'objection de l'irrévocabilité de manière cavalière. Mais pour qui l'examine attentivement, son sens est net.

57[8]. Patarin, obs. J.C.P. 1964.2.13819.

57[9]. Cf. l'intervention de M. le Doyen Julliot de la Morandière, lors de la discussion à la Commission, Travaux 1953-1955 p. 387; et Jeantet, *Le droit à la réserve en nature*, thèse Paris 1939, n° 248.

57[10]. J. Mazeaud, étude au R.G.N. 1964 art. 28557, n° 9; Patarin, obs. précitées note 57[8].

le rapport en nature paraissait annihiler l'attrait de l'avancement d'hoirie, le fait qu'une telle disposition n'entrave pas la liberté du disposant était important.

L'absence de caractère préjudiciable de l'avancement d'hoirie pour son auteur permettait à celui-ci de s'arrêter à l'aspect positif de l'opération: conférer au gratifié la jouissance anticipée du bien et l'espoir d'une attribution définitive.

L'intérêt de l'institution restait cependant très faible, son efficacité imperceptible dans la plupart des cas. Pour l'héritier gratifié, à qui le rapport en nature arrachait le bien, le bilan de l'opération pouvait même paraître négatif. Les réformes de 1938 ont renversé la situation et profondément rénové l'avancement d'hoirie.

CHAPITRE II

L'AVANCEMENT D'HOIRIE RÉNOVÉ

59. — La loi du 7 février et le décret-loi du 17 juin 1938 ont opéré un profond remaniement dans l'organisation des relations entre les libéralités et la liquidation de la succession du disposant. La technique du rapport a été modifiée sur des points capitaux. Le rapport en moins prenant a été substitué au rapport en nature comme mode de restitution de principe de l'avancement d'hoirie. L'incidence de cette modification s'est trouvée encore accrue par le changement du mode de calcul de la valeur à rapporter, et par l'assouplissement de la règle de la réduction en nature des libéralités entamant la réserve.

L'efficacité de la libéralité en avancement d'hoirie d'insignifiante est devenue considérable: le transfert de propriété opéré n'est plus exposé à l'anéantissement, la propriété issue de l'acte du disposant est acquise définitivement au gratifié. La valeur de la libéralité sera simplement précomptée dans sa part de succession. L'avancement d'hoirie est devenu un véritable acompte sur les droits de l'héritier gratifié dans le partage: un allotissement anticipé. Il s'intègre dans la dévolution *ab intestat*, à un point tel que le titre d'acquisition de l'héritier soumis au rapport peut rester son titre légal. L'avancement d'hoirie a subi une véritable rénovation.

SECTION I: *Les modifications législatives et la stabilisation de la propriété.*

SECTION II: *Le rôle d'allotissement de la libéralité rapportable.*

SECTION III: *Le titre légal de l'héritier rapportant.*

Section I

LES MODIFICATIONS LÉGISLATIVES ET LA STABILISATION DE LA PROPRIÉTÉ

60. — Le législateur de 1938 était animé du souci que la propriété du bien qui a fait l'objet d'une libéralité reste acquise au gratifié. Pour obtenir cette stabilisation de la propriété entre les mains du bénéficiaire de l'acte, il convenait de diminuer la fréquence des cas dans lesquels le règlement successoral se traduit par la remise en nature du bien dans l'hérédité. Ce résultat fut atteint, d'une part par la relégation du rapport en nature au rang d'exception, et d'autre part par l'assouplissement de la règle de la réduction en nature des libéralités qui entament la réserve. La seconde modification appuyait la première, car il eût été peu efficace d'enlever au gratifié en avancement d'hoirie par la réduction ce qu'on lui laissait par le rapport en moins prenant. Toutefois il convient de relever qu'on n'avait pas une vue très claire des relations du rapport et de la réduction, et que la révision du principe de la réduction était principalement axée sur le sort du préciput; l'avancement d'hoirie n'en bénéficiait que par contre-coup. Si le problème de la *modification du mode de rapport* est clair (§ 1), celui de l'influence de la *modification du mode de réduction* l'est moins (§ 2).

§ 1. — Modification du mode de rapport.

Le décret-loi du 17 juin 1938 a généralisé le procédé du rapport en moins prenant, qui d'exception est devenu la règle. La conséquence de cette substitution est que le transfert de propriété opéré par l'avancement d'hoirie est devenu incommutable.

A. — Généralisation du rapport en moins prenant:

61. — Les inconvénients du rapport en nature, que le Code Civil avait érigé en mode d'exécution de principe pour les immeubles, étaient bien connus.

Cette technique est fâcheuse d'abord pour le gratifié. Le bien lui échappe; il est remis dans la masse et le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie n'a pas plus d'espoir de l'obtenir dans sa part successorale que n'importe quel autre héritier. L'objet de la libéralité sera morcelé, si cela est possible (art. 832 C.civ.), sinon tiré au sort entre les successeurs, ou encore vendu aux enchères à titre de licitation. Le rapport en nature pose ainsi un problème humain: le donataire est dessaisi de l'immeuble, qui le plus souvent constitue son assise territoriale et économique. Il pose aussi un problème économique: le donataire n'a aucun intérêt à exploiter rationnellement un bien qui lui échappera; il est tenté, soit

de le laisser à l'abandon, soit d'en épuiser l'utilité comme un usufruitier. La perspective du rapport en nature réduit à peu de choses l'intérêt de l'avancement d'hoirie pour le donataire, et l'anéantit quasiment pour le légataire[1].

La remise du bien dans la masse successorale s'accompagne de la chute de toutes les charges constituées par le donataire (art. 865 C.civ.). Les seuls droits conférés par celui-ci, qui sont respectés sont ceux qui résultent d'une aliénation de l'immeuble (art. 860 ancien C.civ.). Le rapport en nature menace donc la sécurité des tiers. Mais indirectement c'est encore le gratifié qui souffre de l'effet résolutoire, car les tiers, plutôt que de s'exposer à ce risque, s'abstiennent de consentir au donataire un crédit garanti par une charge réelle sur l'immeuble. C'est principalement dans l'intétêt du gratifié qu'est intervenue la réforme.

62. — Les modifications législatives de 1938 visent essentiellement à assurer la stabilité de la propriété dans un but de politique agricole, et à éviter le morcellement de la terre par le partage[1]. Cette fin inspire le remaniement de nombreux textes du Code Civil, relatifs au partage de la succession, au partage d'ascendant, au rapport et à la réduction des libéralités. La technique utilisée consiste à substituer largement les règlements en valeur aux règlements en nature. Dans cette tâche le législateur bénéficiait de l'appui de l'évolution économique, qui allait en ce sens, favorable à la considération des biens sous l'angle de leur valeur plutôt que sous celui de leur identité matérielle; aujourd'hui les biens circulent, s'échangent, se valent. L'équivalence peut être substituée à l'égalité en nature dans les règlements successoraux. Il n'est plus nécessaire que chaque héritier obtienne des biens de même nature que ses cohéritiers. Dès lors l'héritier qui a bénéficié d'une libéralité peut en conserver l'objet, et se borner à en remettre la valeur dans la masse partageable.

Le décret-loi du 17 juin 1938 modifie l'article 859 du Code Civil et décide le rapport en moins prenant des immeubles, sauf stipulation contraire de l'acte de donation. Ce mode d'exécution du rapport se trouve ainsi généralisé; des meubles il est étendu à tous les biens, et des legs à toutes les libéralités. Le rapport en nature reste autorisé à titre d'exception. Le décret prescrit également la détermination du montant du rapport d'après la valeur du bien au jour où la libéralité est faite, étendant ainsi la solution qu'avait édictée la loi du 7 février 1938 pour le cas du rapport en moins prenant consécutif à l'aliénation du bien; il s'était alors agi d'harmoniser le calcul du rapport avec celui de la lésion du partage d'ascendant, qui, rescindé, devenait rapportable[2]. La conséquence de

---

61[1]. *Supra* nº 20 et suivants.

62[1]. Catala, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier, 1954, nº 110-114.

62[2]. Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse Grenoble 1960, édit. Paris 1961, nº 59 p. 94.

la généralisation du rapport en moins prenant est que l'avancement d'hoirie confère désormais au gratifié la propriété incommutable du bien.

B. — Incommutabilité de la propriété:

Le rapport en moins prenant rend le transfert de propriété opéré par le disposant définitif. Cette incommutabilité résulte de la technique du rapport de l'avancement d'hoirie et est absolument étrangère au principe de l'irrévocabilité des donations, dont certains veulent y voir l'application.

63. — a) L'exécution du rapport en moins prenant consiste en une diminution des droits de l'héritier gratifié dans la masse partageable à concurrence de la valeur du bien attribué. Le donataire ou légataire prend moins; c'est un précompte. Ce résultat peut être atteint par deux procédés[1]. Les cohéritiers du successeur soumis au rapport peuvent prélever sur la succession chacun une portion de biens égale au montant de l'avancement d'hoirie, le surplus faisant l'objet d'un partage égal; c'est le système que préconise l'article 830 du Code Civil. Le liquidateur peut aussi incorporer à la masse la valeur rapportable, et l'attribuer au donataire dans le partage; le donataire aura ainsi imputé l'avancement d'hoirie sur sa part. Ce dernier système est le plus simple et le plus pratiqué, mais il est incompatible avec la composition de lots égaux en nature, que requiert le tirage au sort du partage judiciaire. Les cohéritiers peuvent-ils exiger le prélèvement, qui assure seul la parité des attributions? Cela paraît certain, à la fois à cause de l'existence du principe d'égalité en nature du partage, et à cause d'une raison technique: les parties ne sont pas d'accord, puisque le donataire prétend au rapport par imputation et que ses cohéritiers demandent à prélever, le partage sera donc judiciaire et comportera un tirage au sort nécessitant le rapport par prélèvement!

La possibilité de rapporter par récompense, en versant une somme d'argent dans la masse, est discutée. On n'envisage ce procédé qu'au cas où il n'existe pas assez de biens successifs pour pratiquer les deux méthodes précédentes; l'hypothèse se présente rarement, car l'héritier dont la libéralité est supérieure aux droits héréditaires préfère répudier la succession[2]. Mais la renonciation n'est pas toujours avantageuse, notamment si la quotité disponible n'est plus suffisante pour accueillir

---

63[1]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2908.

63[2]. Le souci d'éviter cette renonciation est l'un des motifs de l'article 2056 B.G.B., qui dispense de rapport l'excédent de l'avancement d'hoirie sur la part héréditaire du gratifié. Cf. Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen GesetzBuch*, 11e éd., t.V. 1ere partie, *Erbrecht*, §§ 1922-2196 par Boehmer, Lehmann et seybold, Berlin 1954, sous l'article 2056.

la libéralité. Le gratifié peut aussi ne pas vouloir renoncer[3]. Le rapport en espèces se conçoit très bien dans le cas d'un excédent léger. Pourtant le système paraît anormal. Il y a davantage payement d'un prix de vente que rapport; d'ailleurs les soultes de partage sont considérées comme prix de vente au point de vue fiscal; les cohéritiers sont exposés au concours des créanciers personnels du gratifié débiteur; l'opération est très différente d'un rapport en moins prenant[4]. Aussi RIPERT et BOULANGER estiment-ils que les héritiers créanciers du rapport peuvent demander la remise en nature de l'excédent dans la masse[5]. Mais il existe un fort courant favorable à la restitution pécuniaire[6]. Il n'est pas douteux qu'elle soit possible si toutes les parties y consentent, de même qu'elles peuvent consentir à la reconstitution de la réserve par une indemnité[7]. En cas de désaccord entre elles, le rapport par soulte doit être admis aussi, car il est plus proche du rapport en moins prenant, qui est du principe depuis 1938, que le rapport en nature: la loi abhorre désormais la mise à néant de la propriété du gratifié[8]. Notons que la question de savoir si, dans un cas où le rapport en moins prenant est possible, on peut lui substituer une indemnité, est fort différente[9]. L'ensemble des procédés peut être désigné sous le terme générique de *rapport en valeur*.

64. — La conséquence des techniques du rapport en valeur est de ne pas affecter la propriété du bien qui fait l'objet de l'avancement d'hoirie. Le legs produit effet, il s'exécute, il transfère la propriété du bien; et, ce transfert intervenant dans le règlement d'ensemble de la succession, il est définitif. Les droits du donataire sur le bien donné ne sont pas remis en cause; l'acquisition qu'il a faite lors de la donation reste définitive. Le rapport n'influe plus que sur les droits de l'héritier dans les biens dont le *de cujus* n'a pas disposé: il détermine la composition des lots du partage, en donnant lieu à imputation, à prélèvement, ou à versement de soulte.

63[3]. Par scrupule moral, ou au contraire dans un but de fraude: le cohéritier aux abois simule avoir reçu un avancement d'hoirie, être tenu au rapport en moins prenant; il ne reçoit donc rien dans le partage, ou même, dans notre cas, se crée une dette, mais touche une part occulte.

63[4]. *V. infra* l'analyse de l'exécution du rapport en moins prenant: n° 447-451.

63[5]. RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 2908.

63[6]. JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, t. 3, 1930, n° 1135; CATALA, th. cit. 62[1], n° 121 p. 167; PELLEGRIN, th. cit. 62[2], n° 59 p. 96.

63[7]. Civ. 21 mars 1934, *Bonnaud*, G.P. 1934.1.941.

63[8]. Dès avant 1938 on trouve une décision préférant le rapport en espèces au rapport en nature: Montpellier 5 janv. 1875, *Sarda*, D. 1877.1.277, sous Civ. 5 juill. 1876. Il s'agit du rapport de la donation d'un immeuble, qui a été vendu par le donataire, et dont la valeur se révèle supérieure à la part successorale de l'héritier débiteur. La Cour veut protéger l'acquéreur; elle interprète le principe du rapport en moins prenant posé par l'article 860 ancien.

63[9]. *V. infra* n° 448.

Les auteurs et les arrêts qualifient volontiers la propriété que l'avancement d'hoirie confère au gratifié, d'incommutable[1]. Certains parlent de propriété irrévocable[2], par une confusion de vocabulaire qui se révèle fâcheuse, car la stabilité de la propriété du gratifié est absolument indépendante du principe de l'irrévocabilité des donations.

65. — b) Il est des auteurs qui rattachent l'incommutalibité de la propriété d'un donataire à l'irrévocabilité de la donation. MM. DONNIER et CATALA ont soutenu que le rapport en nature constitue une atteinte à l'irrévocabilité que présente la donation en avancement d'hoirie comme toute donation[1]. Ne reprend-il pas le bien et n'est-il pas issu ou présumé issu de la volonté du disposant? S'agissant d'une exception à un principe essentiel du droit des libéralités, le rapport en nature doit être cantonné dans le domaine le plus réduit possible. La généralisation du rapport en moins prenant répond à ce souci. CAPITANT tirait de l'irrévocabilité de l'avancement d'hoirie l'argument de base de sa critique de l'analyse du rapport en une résolution[2], analyse que mettaient en vedette au XIXe siècle les partisans de l'imputation sur la réserve globale. Dans le même ordre d'idées M. VOUIN justifie par l'irrévocabilité de la donation préciputaire, entre autres arguments, la stabilité qu'il veut lui attribuer en lui étendant l'application de l'article 866 du Code Civil, dont le texte ne paraît viser que l'avancement d'hoirie rapportable en moins prenant[3].

66. — La position de ces auteurs s'explique par une méprise sur le sens du terme d'irrévocabilité. L'irrévocabilité des donations désigne de façon fort précise l'interdiction des clauses permettant au donateur de revenir sur la donation au gré de son humeur, l'interdiction des conditions potestatives[1]. Or l'événement du rapport ne dépend pas de l'humeur

---

64[1]. DEMOLOMBE, t. 16, n° 527 et 540-541; Riom 9 déc. 1890, *De Clerval*, D. 1892.2.237; Trib. Civ. Arras 30 janv. 1935, *Houllier*, G.P. 1935.1.677.

L'expression se rencontre plus particulièrement à propos du rapport forfaitaire. Car le rapport d'une somme définitivement fixée à forfait, ou d'après la valeur du bien arrêtée au jour de la libéralité, est le seul calcul qui tire toutes les conséquences du transfert définitif de propriété. Le rapport de la valeur au jour du décès ou du partage associe les cohéritiers à une propriété qu'ils n'ont plus (*v. infra* n° 133-134); cependant le transfert de propriété est définitif là aussi.

64[2]. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, 1878, t. XI, n° 6, Riom, arrêt précité 64[1], et 7 janv. 1891, *Pernin*, D. 1892.2.241.

65[1]. DONNIER, *Quelques incidences de la législation de* 1938 *sur le rapport des libéralités*, thèse Montpellier 1952, pp. 33-35; CATALA, th. cit. 62[1], n° 108, et *L'article* 866 *du Code Civil et l'attribution de la réserve*, R.T.C. 1960, p. 410 n° 17 (où cet auteur prétend qu'avec la disparition du rapport en nature l'avancement d'hoirie a gagné en irrévocabilité, et que c'est une raison pour décider l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible). *V. infra* n° 485.

65[2]. CAPITANT, *De l'imputation et du rapport du don en avancement d'hoirie fait à un héritier réservataire qui accepte la succession*, Annales de l'Univ. de Grenoble, t. 13, 1901, p. 526.

65[3]. VOUIN, *L'application de l'art.* 866 *C.civ. aux donations dispensées de rapport*, R.G.N. 1947, art. 26.549, n° 3 p. 315.

66[1]. BEUDANT-VOIRIN, t. VI, n° 27; RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 3555 et suiv.

du disposant, sauf cas de suicide; et encore dans ce cas la condition se révèle n'avoir pas été potestative, mais mixte, car le décès ne suffit pas à déclencher le rapport, il faut encore que le gratifié vienne à la succession avec des cohéritiers. Le rapport en nature échappe au reproche de révoquer la donation, de même la réduction.

Par contre, il est certain que la restitution en nature est peu compatible avec le concept même de donation. La donation appelle un transfert de propriété qui favorise le gratifié. La remise du bien dans le patrimoine d'où il est sorti est la négation de la caractéristique essentielle de la libéralité[2]. Il en est du moins ainsi pour le juriste qui ne néglige pas les résultats concrets de la recherche psychologique au profit des abstractions de la technique pure. Il importe donc à la réalisation de l'idée de donation, que le transfert de propriété ne soit pas remis en cause, si ce n'est exceptionnellement. Et la tentation est grande dès lors qu'il s'agit de désigner une qualité de la donation qui n'est pas exactement juridique, d'employer un terme dans son sens vulgaire; il semble que tel ait été le sort du mot « irrévocabilité ». L'aspect essentiel dans le statut de la donation, que revêtent les réalités désignées par le terme courant et par le terme technique, et la signification très technique de ce dernier, favorisaient une confusion. Le Code Civil lui-même donne d'ailleurs l'exemple, lorsqu'il qualifie « exceptions à la règle de l'irrévocabilité » les articles 943 et suivants. La confusion disparaît dès lors qu'on utilise les termes juridiques dans leur sens précis.

L'incommutabilité de la propriété répond à des considérations de bons sens et à des besoins pratiques, plutôt qu'à une nécessité de la technique juridique. Cette large assise postulait que la réforme ne se limitât pas à la modification du rapport, mais s'étendît à la réduction. Car celle-ci, comme le rapport, remet en cause l'efficacité de l'avancement d'hoirie.

§ 2. — **Influence de la modification du mode de réduction.**

67. — La réduction peut atteindre toute libéralité, dès lors qu'il existe dans la succession une réserve qui ne doit pas être entamée. L'avancement d'hoirie ne devrait donc pas échapper à son emprise. Mais lorsque le rapport s'opère en nature, les biens sont remis dans la masse successorale, et la libéralité, qui aurait pu être critiquée, s'efface; le problème de la réduction disparaît. En cas de rapport en moins prenant au contraire, seule une valeur est remise dans la succession; suffit-elle à reconstituer la réserve ? La réduction peut-elle encore jouer ? Il convient

---

66[2]. Cette constatation vaut aussi, à un degré moindre bien entendu, pour le rapport en valeur. C'est pourquoi l'on trouve sous la plume de certains auteurs éminents que le rapport porte toujours une certaine atteinte à l'irrévocabilité de la donation dans laquelle il est stipulé. Cf. J. MAZEAUD, étude au R.G.N. 1964 art. 28556 n° 7; PATARIN, obs. au J.C.P. 1964.2.13819-I *in fine;* ESMEIN, note au D.S. 1965.J.341.

de déterminer le *champ d'interférence du rapport et de la réduction* (A). Une fois connue la mesure dans laquelle la réduction affecte l'avancement d'hoirie, son effet sur l'efficacité de l'institution peut être étudié à la lumière des réformes que son *mode d'exécution* a subies en 1938 et en 1961 (B).

A. — Champ d'interférence du rapport et de la réduction :

Il est une fraction de la doctrine qui estime que le rapport suffit à reconstituer la réserve ; mais cette théorie extrême encourt des critiques qui conduisent à son rejet. La réduction intervient donc, dans une mesure variable selon les circonstances.

68. — *a*) Les partisans du « *rapport, mode unique de réduction des libéralités à successible* » soutiennent que le rapport est un mode de restitution à la masse successorale, qui suffit à réaliser à la fois l'égalité entre les héritiers et la sauvegarde des droits réservés des plus proches d'entre eux. Les libéralités consenties aux successibles n'ont pas à subir la réduction ; celle-ci ne s'applique qu'aux libéralités faites à des étrangers. Ce raisonnement a été lancé[1] et développé[2] sur la base des termes des articles 844, 866 ancien, et 918 du Code Civil, qui désignent sous le nom de « rapport » la remise dans la masse des excédents réductibles reçus par un successible. Les libéralités préciputaires ne sont soumises au « rapport » que si elles excèdent la quotité disponible ; elles deviennent des avancements d'hoirie dans la mesure de l'excédent. Quant aux avancements d'hoirie, le rapport porte sur l'ensemble de leur émolument et assure nécessairement la reconstitution de la réserve. Certains auteurs, sensibles à l'atteinte au principe traditionnel de composition de la réserve en corps héréditaires, que porte ce développement du rapport exécuté désormais en valeur, ont préféré limiter le système à la part de réserve du gratifié[3]. La substitution du rapport à la réduction classique, dans la mesure de cette seule part, contredit, en apparence, le seul principe de la parité des lots dans le partage. Les tenants de la théorie du rapport mode unique de réduction des libéralités à successible, sous sa forme la plus absolue, n'admettent en aucun cas l'intervention de la réduction ordinaire sur ces libéralités, même si elles entament la réserve des cohéritiers du gratifié. Quant aux avancements d'hoirie plus particulièrement, cette position a trouvé après 1938 un appui dans la généralisation

---

68[1]. Bigo, *Relations du rapport et de la réduction dans les libéralités faites à un héritier réservataire acceptant*, thèse Lille 1937, particulièrement n° 6 et n° 18 et suivants.

68[2]. Choteau, *Le rapport, mode unique de réduction des libéralités adressées à un successible*, J.N. 1948 art. 42536 et 42621, 1949 art. 42741.

68[3]. Nast, *De la règle suivant laquelle la réserve héréditaire doit être fournie en nature à l'héritier*, R.G.N. 1931, art. 22858 ; Batiffol, note au S. 1934.1.121 ; Jeantet, *Le droit à la réserve en nature*, thèse Paris 1939, n° 239-251.

du rapport en moins prenant. En effet le rapport est imposé par la loi à défaut de volonté contraire du disposant (art. 843, 860, 868, 869), et désormais il est prescrit qu'il s'effectue en moins prenant, afin que la propriété du gratifié ne soit pas remise en cause. Le rapport en moins prenant revêt un caractère obligatoire, et, la loi ne distinguant pas en ce qui concerne la réserve, c'est toute la donation qui serait rapportable en valeur.

69. — La théorie a été très fortement critiquée[1]. La terminologie du Code Civil est imprécise, on ne saurait en tirer des conséquences aussi catégoriques[2]. Surtout cette théorie constitue une négation des principes de la réserve « *pars hereditatis* »[3]. La réserve doit être fournie en nature. D'une part, ceux qui y ont droit doivent récupérer les biens mêmes qui ont été donnés au delà de ce qui était permis, et non d'autres biens, mêmes héréditaires, tels qu'en procure le rapport en valeur; les partisans du rapport, mode de réduction, font de l'article 866 du Code Civil une illustration de leur thèse, parce que corrélativement à la généralisation du rapport en moins prenant il a été modifié de façon à étendre la restitution en valeur des excédents des libéralités sur la quotité disponible; mais cette modification eût été dénuée d'utilité, si la libéralité faite à un successible n'avait été, comme le veut leur théorie, sujette qu'à un rapport, qui s'opère en valeur en principe; l'existence même de l'article 866 démontre l'application de la réduction ordinaire aux libéralités faites à un successible. D'autre part, au cas où la loi déroge au principe de l'attribution en nature, les réservataires ont le droit d'obtenir l'équivalent exact en valeur de ce qu'ils auraient reçu par la réduction en nature; cette règle s'oppose absolument à l'admission d'un rapport, dont le montant est calculé en principe d'après la valeur du bien donné à la date de la libéralité et non à celle du partage, ou même fixée à forfait.

La jurisprudence a rejeté nettement le système. Un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation, du 24 mai 1949[4], fonde sur le caractère de réduction, qu'il reconnaît à l'opération prévue par l'article 866, l'application immédiate de la loi nouvelle aux libéralités antérieures

---

69[1]. MARTY, *Observations sur la réduction en valeur*, Etudes Ripert, 1950, pp. 524-537, n° 9. CATALA, th. cit. 62[1], n° 268-278, et art. cit. n° 7; PATARIN, *La réduction des donations rapportables en moins prenant faites à un héritier réservataire acceptant la succession*, R.G.N. 1960, art. 27.956, pp. 335-336.

69[2]. A la rigueur, on peut utiliser l'expression *rapport à fin de réduction* préconisée par RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 2940, pour tenir compte du terme employé par le Code, sans nier qu'il recouvre un type de réduction. En effet toute remise dans une masse comptable est un rapport, et en ce sens la restitution opérée par la réduction apparaît comme un rapport entre les parties au partage. Mais l'expression incite à appliquer les règles du rapport ordinaire; il est préférable de s'en abstenir. En ce sens: MARTY, *loc. cit.*, et CATALA, th. cit. n° 279.

69[3]. *V. infra* n° 167.

69[4]. *Turcan*, J.C.P. 1949.2.4920, obs. CAVARROC, S. 1950.1.32, D. 1949.1.495.

à la réforme de 1938. Un arrêt du 29 décembre 1953[5], amorçant une série de décisions identiques[6], calcule la récompense que prévoit l'article 866 d'après la valeur du bien au jour du partage et non au jour de la libéralité, comme il est de règle en matière de rapport. La Cour de Cassation a également précisé que l'article 866, autorisant la réduction en valeur, constitue une disposition exceptionnelle[7], ce qui ne serait pas le cas s'il s'agissait d'une application du rapport, pour lequel la restitution en moins prenant est de règle.

Les libéralités à successibles sont donc soumises à la réduction, et l'avancement d'hoirie comme les autres. Mais encore faut-il qu'il soit considéré comme portant atteinte à la réserve.

70. — b) Le domaine de la réduction quant aux avancements d'hoirie varie selon que le gratifié est ou n'est pas réservataire, et, s'il est réservataire, selon que la libéralité dépasse ou ne dépasse pas sa part de réserve.

Le cas le plus simple est celui de l'avancement d'hoirie adressé à un héritier non réservataire. L'hypothèse se rencontre lorsque le défunt a gratifié son conjoint survivant ou un collatéral, qui vient à la succession en concours avec des ascendants ou des enfants naturels, qui sont alors les seuls réservataires. Le gratifié n'ayant aucun droit à bénéficier de la masse réservée, sa libéralité s'impute sur la quotité disponible. Dès que celle-ci est épuisée; l'avancement d'hoirie subit la réduction[1]. Pour le surplus il n'est sujet qu'au rapport.

71. — Si l'avancement d'hoirie est adressé à un réservataire, il ne risque pas la réduction, dans la mesure où il n'excède pas les droits réservés du gratifié. L'avancement d'hoirie est par essence une avance sur ce que recueillera son bénéficiaire dans la succession, donc d'abord sur sa part de réserve; c'est pourquoi on admet sans difficultés son imputation principale sur la réserve du gratifié[1]. Dans cette mesure on ne songe pas à mettre la libéralité en cause par une réduction, qui enlèverait au donataire ou légataire une valeur qu'il récupèrerait aussitôt après le partage. On se contente du rapport. S'il s'opère en nature, son résultat, la remise effective du bien dans la masse, est le même que celui d'une réduction. Mais s'il s'opère en valeur, le gratifié conserve l'attribution qui lui a été faite; il se trouve nanti par avance de sa part de réserve. Le rapport en moins prenant permet à l'imputation d'être efficace pour

---

69[5]. Civ. 29 déc. 1953, *Berdeaux*, J.C.P. 1954.2.7919, obs. Blin, R.G.N. 1954 art. 27.244. obs. Patarin, D. 1954.J.27.

69[6]. Citées *infra* n° 207; notamment Civ. 5 juill. 1960. *Garcin*, D. 1961.J.76, rendue à propos d'un avancement d'hoirie.

69[7]. Civ. 7 janv. 1958, *Gaume*, J.C.P. 1958.2.10582, obs. Ponsard, D. 1958.J.441, note Esmein.

70[1]. Catala, th. cit. 62[1], n° 280-282.

71[1]. *V. supra* n° 38.

le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie[2]. Cela ne veut pas dire qu'imputation et rapport en moins prenant doivent se confondre, que toute libéralité imputable sur la réserve soit soumise au seul rapport. L'illustration de la distinction est fournie par le cas des préciputs à réservataires; les gratifiés peuvent les imputer subsidiairement sur leur part de réserve; cependant ce n'est pas un rapport, contrairement à ce qu'ont soutenu MM. NAST, BATIFFOL et JEANTET[3], car la réduction joue d'abord et l'imputation n'intervient qu'après, comme technique de payement. Le système traditionnellement admis pour les avancements d'hoirie est l'inverse: imputation d'abord, réduction éventuelle ensuite. Il soulève d'ailleurs de sérieuses difficultés[4].

72. — La réduction ne peut atteindre l'avancement d'hoirie fait à un réservataire que si la libéralité excède la part réservée de celui-ci. Encore faut-il que la réserve des cohéritiers soit compromise par l'excès. Cela est exclu s'il existe dans la succession des biens libres en quantité suffisante pour remplir les cohéritiers de leurs droits[1]; si les bien existants sont insuffisants, la réduction est susceptible de jouer, mais son ampleur sera diminuée de leur valeur. Un cas typique de réductibilité peut se présenter, lorsqu'un partage d'ascendant est transformé en une série d'avancements d'hoirie après annulation pour lésion ou omission d'enfant, en vertu de l'article 1078 alinéa 4 du Code Civil; car par hypothèse il n'existe pas alors dans la succession de biens libres suffisants pour remplir l'omis de sa part et il est fréquent en pratique que celui-ci ne trouve même pas de quoi le nantir de sa réserve. Si la réserve des cohéritiers ne peut pas être fournie en biens existants, une réduction s'avère nécessaire; mais ce n'est pas fatalement celle de l'avancement d'hoirie, ce peut être celle des autres libéralités. Le choix dépend de la solution qu'on apporte au problème de l'imputation de ce qui dans l'avancement d'hoirie excède la part de réserve du gratifié[2].

Pour les partisans de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible, le donataire peut retenir l'avancement d'hoirie à concurrence de sa réserve et de la quotité disponible cumulées[3]. En effet il est logique que le gratifié retienne sa part de réserve et sa part de quotité disponible, si l'on considère que l'avancement d'hoirie est une avance sur sa part héréditaire et que cette part comprend un droit au disponible, même si

---

71[2]. Rappr. VIALLETON, *Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve*, R.T.C. 1940-41, p. 3, qui à propos des legs préciputaires à réservataires met en évidence la communauté qui existe entre la technique appelée par l'imputation et celle pratiquée par le rapport en valeur.

71[3]. *Supra* n° 68 texte et note 3.

71[4]. *Infra* n° 182 et suivants.

72[1]. DEPIERROIS, *Donation en avancement d'hoirie à un enfant d'un immeuble ayant augmenté de valeur depuis la donation...*, J.N. 1960, art. 46105, n° 2.

72[2]. *V.* Les discussions sur l'imputation, supra n° 43-58.

72[3]. NAST, *op. cit.* 68[3], n° 15; PATARIN, *op. cit.* 69[1], pp. 333-335; CATALA, th. cit. 62[1], n° 295, et art. cit. 65[1], n° 18.

le disposant a fait des libéralités postérieures telles que les héritiers eûssent été réduits à leur réserve s'il n'y avait pas eu d'avance. C'est l'essence de l'avancement d'hoirie que de permettre cet acompte. En plus, le gratifié conserve la libéralité à concurrence de la part de ses cohéritiers dans la quotité disponible, contre versement d'une soulte; car le disposant qui aurait pu priver les autres héritiers de toute part dans le disponible, peut *a fortiori*, en faisant une libéralité rapportable en valeur, transformer leurs droits en une indemnité[4]. La réduction n'atteint l'avancement d'hoirie que s'il excède la part de réserve du gratifié augmentée de toute la quotité disponible, car alors seulement il entame la réserve des cohéritiers. Le domaine de la réduction est donc très restreint: il y a rapport en moins prenant à concurrence des droits du gratifié dans la succession, rapport par indemnité à concurrence du reste du disponible, puis réduction pour le surplus.

Dans le système de l'imputation sur la réserve globale, les libéralités postérieures à l'avancement d'hoirie ne sont pas réduites, si du moins elles ne dépassent pas la quotité disponible, libérée par l'imputation de l'avancement d'hoirie sur la réserve. Mais les réservataires reçoivent leur réserve du gratifié; ils exercent une action en réduction de l'avancement d'hoirie[5]. Celui-ci est réduit d'une fraction telle que les cohéritiers obtiennent leur part réservée[6]; l'ampleur de cette fraction dépend du montant des biens libres existants dans la succession, sur lesquels les coréservataires se fournissent d'abord[7], et du chiffre du dépassement éventuel de la réserve globale par la libéralité[8]. L'avancement d'hoirie subit, au total, le rapport à concurrence de la part du gratifié dans la

---

72[4]. *Contra* Planiol et Ripert, t. 5 par Trasbot et Loussouarn, n° 117 p. 148, qui font jouer la réduction dès que l'avancement d'hoirie dépasse la part du gratifié dans la succession *ab intestat*.

72[5]. M. Patarin, *op. cit.* 69[1], p. 343, soutient que cette réduction de l'avancement d'hoirie est contraire à l'intention du législateur de 1938, qui, en modifiant l'art. 922 C.civ., visait la stabilisation de l'avancement d'hoirie contre les conséquences des règles de la réserve et qu'aujourd'hui seule l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible, n'entraînant pas la réduction de l'avancement d'hoirie, est défendable.

C'est oublier que l'art. 922 actuel ne vise pas seulement à corriger les méfaits de la réduction sur l'avancement d'hoirie, illustrés par *l'affaire de la Bénédictine* (*v. infra* 177[3]), mais à stabiliser toutes les libéralités prévues non réductibles au jour où elles sont faites; donc aussi les préciputs postérieurs à l'avancement d'hoirie.

72[6]. Depierrois, art. précité note 1, n° 6.

72[7]. Soient p. ex.: un avancement d'hoirie de 700, une libéralité postérieure de 200, des biens existants de 300, trois enfants, donc une réserve totale de 900. L'avancement d'hoirie fournit la réserve des cohéritiers à raison de 600 moins les 300 existants, soit 300. Il reste 400 à l'avancement d'hoirie.

72[8]. Soient p. ex.: un avancement d'hoirie de 1100, une libéralité postérieure de 100, trois enfants, donc une réserve totale de 900. L'avancement d'hoirie fournit intégralement les 600 de réserve des cohéritiers. Il reste 500 à l'avancement d'hoirie, qui revient aussi à la masse partageable par le rapport. Il est donc simpliste d'affirmer que l'avancement d'hoirie est réduit de tout ce qui excède la part de réserve du gratifié (p.ex. Catala, th. cit. 62[1], n° 296, et art. cit. 65[1], n° 18). Ce n'est exact que si l'avancement d'hoirie est égal ou inférieur à la valeur de la réserve globale, et s'il n'y pas plus de biens existants.

réserve, la réduction à concurrence du surplus de réserve qu'il entame, et encore le rapport pour la partie qui excède la réserve globale. Cette succession d'opérations peut paraître assez incohérente, mais elle s'impose.

L'application de l'imputation sur la réserve globale crée plus de risques de réduction de l'avancement d'hoirie que l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible. Mais la menace n'est sérieuse pour le gratifié, que si cette réduction détruit la propriété incommutable que la libéralité prétendait lui assurer.

B. — Mode de réduction de l'avancement d'hoirie:

73. — Les principes de la réserve n'ont subi aucune modification depuis la rédaction du Code Civil. Elle est la succession *ab intestat* restreinte à son minimum; elle se compose par conséquent des biens mêmes qui forment le patrimoine du défunt[1]. Lorsqu'une libéralité se révèle d'une importance telle qu'elle ne laisse plus dans la succession suffisamment de biens pour constituer la réserve, la réduction, qui intervient, doit permettre de nantir les réservataires de leurs droits de la même façon que si la libéralité excédentaire n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire en corps héréditaires et dans la mesure exacte de l'excédent. La libéralité est matériellement amputée de la fraction excédentaire. La réduction s'opère en nature. Et l'on s'accorde à reconnaître que, quelqu'importantes que soient les altérations apportées à cette règle par le législateur moderne, tant pour les libéralités ordinaires que pour les partages d'ascendants, ce sont des exceptions limitées au cas pour lequel elles sont prévues[1]. L'exécution en nature de la réduction reste de principe[2].

Le résultat de la réduction en nature est la destruction de la libéralité, dans la mesure où elle intervient: le legs ne s'exécute pas, la donation est résolue. L'avancement d'hoirie apparaît inefficace à conférer une propriété incommutable au gratifié. Certes la réduction ne sera jamais que partielle, puisque le rapport en moins prenant jouera seul à concurrence au moins de la part du donataire ou légataire dans la réserve. Mais la réduction partielle peut provoquer une ruine totale du transfert de propriété; si le bien est impartageable en nature, il semble qu'à défaut d'accord amiable les coréservataires puissent demander qu'il soit licité; Ripert et Boulanger proposent d'appliquer dans ce cas la règle que posait l'article 866 du Code Civil avant 1938[3], mais leur suggestion

---

73[1]. *V. infra* n° 203 et suivants.

73[2]. *L'art.* 866 *C.civ... constitue une disposition dérogeant, dans le but d'éviter le morcellement des propriétés, au principe, qui demeure, de l'attribution de la réserve en nature, et doit en conséquence être interprété restrictivement*, déclare p. ex. un arrêt Civ. 7 janvier 1958, *Gaume*, J.C.P. 1958.2.10582, obs. Ponsard, et D. 1958.J.441, note Esmein.

73[3]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2955 et 2975. Le cas envisagé par ces auteurs n'est pas précisément celui d'une réduction de ce qui excède la part réservée du gratifié, car pour eux la réduction joue même pour cette part, mais celui d'une libéralité adressée à un non-réservataire venant en concours avec des réservataires. La solution proposée peut cependant être transposée, car la situation est la même.

ne bénéficie d'aucun appui valable. Il est vrai que le risque d'anéantissement de l'effet de la libéralité est mince, car la réduction en nature, tout en étant de principe, n'est guère applicable en pratique à l'avancement d'hoirie.

74. — L'avancement d'hoirie présente une situation, quant aux personnes intéressées, qui est celle requise pour l'intervention des exceptions légales à la règle de la réduction en nature. La libéralité est en effet consentie au profit d'un successible, circonstance exigée par les articles 924 et 866 du Code Civil, qui prévoient des cas de réduction en valeur.

L'article 924 ne soustrait le successible à la réduction en nature que dans la mesure de sa part réservée. Il n'est donc susceptible de s'appliquer qu'au préciput, car dans l'hypothèse de l'avancement d'hoirie c'est le rapport qui joue à concurrence des droits du gratifié dans la masse réservée[1].

Par contre l'article 866 peut s'appliquer à l'avancement d'hoirie, dès lors, bien entendu, qu'une stipulation de rapport en nature ne rend pas vaine toute tentative de sauvegarder l'attribution faite au successible. Avant qu'intervînt le premier remaniement de ce texte par le décret-loi du 17 juin 1938, on pouvait douter de son application, car il visait « *le don.. fait.... avec dispense de rapport* », c'est-à-dire littéralement le préciput. Cependant on considérait plutôt que la formule de la loi était dûe à une omission du législateur, obnubilé par le rapport en nature des avancements d'hoirie, qui empêchait en général le problème de se poser; l'intérêt du donataire en avancement d'hoirie, bénéficiaire d'un rapport en moins prenant, était le même que celui du préciputaire: conserver le bien en nature; le texte était aussi utile dans un cas que dans l'autre[2]. Depuis 1938, l'article 866 s'applique sans discussion à l'avancement d'hoirie; la généralisation du rapport en moins prenant mettait en évidence l'utilité de cet assouplissement pour les libéralités rapportables. Le texte parle de don ou legs « *fait sans obligation de rapport en nature* »; ces mots n'auraient aucun sens s'il ne s'appliquait qu'au préciput, qui est totalement dispensé de rapport; au contraire ces termes incitent à se poser la question de savoir si l'article 866 s'applique encore au préciput![3].

Tous les gratifiés en avancement d'hoirie ont vocation à bénéficier du texte, qu'ils soient eux-mêmes réservataires[4] ou qu'ils soient successibles non-réservataires en concours avec des réservataires, même s'ils sont

---

74[1]. Jeantet, th. cit. 68[3], n° 269.

74[2]. Desbois, *Commentaire du décret-loi du* 17 *juin* 1938, D.P. 1938.4.365; Depierrois, *op. cit.* 72[1], n° 4.

74[3]. *V.* Vouin, *L'application de l'article* 866 *du Code Civil aux donations dispensées de rapport*, R.G.N. 1947, art. 26.549.

74[4]. *V.* un curieux point de vue de M. Vialleton, *op. cit*, 71[2], p. 30, hésitant à admettre que le législateur ait visé ce cas en réformant l'article 866.

plusieurs à être gratifiés conjointement[5]. Le disposant peut-il priver le donataire ou légataire du bénéfice de l'article 866, non plus indirectement en imposant le rapport en nature, mais directement, dans un cas de rapport en moins prenant? Il semble que oui. Car la réduction en valeur n'est qu'une exception au principe de la réduction en nature; le retour au principe ne saurait être prohibé[6]. De plus, le disposant peut astreindre le successible au rapport en nature, qui anéantit la libéralité bien plus complètement que la réduction en nature; *a fortiori* doit-il pouvoir se contenter de lui imposer celle-ci. Un arrêt de la Chambre Civile du 12 juillet 1956 semble admettre le principe, mais il le fait d'une manière telle qu'il serait aventuré d'en tirer une conclusion sur le sentiment de la Cour de Cassation[7].

75. — L'article 866 du Code Civil exige que la libéralité porte sur certaines catégories de biens. Avant 1938, son champ d'application se trouvait ainsi très limité; la dérogation n'avait pas une grande résonance pratique. Depuis lors le texte a subi de telles extensions par le décret-loi du 17 juin 1938 et par la loi du 19 décembre 1961 que l'exigence ne constitue plus un véritable frein à son application.

Dans sa rédaction actuelle[1], l'article 866 bénéficie, non seulement aux libéralités portant sur les immeubles et les exploitations agricoles, mais encore sur les entreprises industrielles, commerciales, artisanales, et sur les effets mobiliers à usage commun entre le disposant et le gratifié, le tout sans limitation de valeur. Certes, il subsiste encore des cas dans lesquels il ne peut pas s'appliquer: d'une part lorsqu'il y a pluralité de biens donnés, sauf s'il s'agit d'immeubles formant un ensemble, d'éléments constitutifs d'une exploitation, ou de mobilier à usage commun;

74[5]. Depuis la loi du 19 déc. 1961, remaniant une seconde fois l'article 866.

74[6]. Patarin, *La loi du* 19 *déc.* 1961..., R.G.N. 1962 art. 28186, p. 144; Planiol et Ripert, t. 5 par Trasbot et Loussouarn, n° 117 p. 149; Catala, art. cit. 65[1], n° 26.

Contra: Voirin, obs. J.C.P. 1961.2.11969-II, qui se fonde sur le caractère dispositif de l'art. 866. Car on ne peut faire échec à une règle dispositive, qu'en se plaçant dans une situation légale différente de celle dans laquelle elle s'applique, et bien définie: en l'occurrence, en imposant le rapport en nature. Le caractère dispositif de la loi est certain; elle n'est pas impérative, puisqu'en imposant le rapport en nature le disposant l'écarte, ni supplétive, sinon elle s'appliquerait bien plus largement qu'elle ne le fait. Mais on peut se demander si la stipulation de réduction en nature ne constitue pas, comme la stipulation de rapport en nature, la situation légale différente; elle n'est pas expressément prévue par la loi, mais on peut estimer qu'elle l'est implicitement (v. au texte).

74[7]. Civ. 12 juill. 1956, *Pellerin*, J.C.P. 1957.2.9691, obs. Voirin. La Cour ne paraît pas avoir examiné la question au fond; cf. *infra* n° 179.

75[1]. Sur la loi du 19 déc. 1961 et le domaine actuel de l'art. 866, voir: Patarin, *La loi du* 19 *déc.* 1961 *tendant à éviter le morcellement des biens dans les partages de succession et de communauté*, articles au R.G.N. 1962, partic. art. 28-163 et 28.186; et *Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la loi du* 19 *déc.* 1961 *sur le partage et la réduction*, R.T.C. 1962, pp. 421-454, partic. n° 26-33; Chevallier, *La loi du* 19 *déc.* 1961 *sur le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle*, J.C.P. 1962.1.1687, partic. n° 57.

d'autre part lorsque la libéralité porte sur certains biens meubles individuels: le mobilier personnel, les valeurs mobilières, les brevets qui ne font pas partie d'une entreprise, les monopoles littéraires...[2]. L'existence de ces objets échappant à la réduction en valeur rappelle que celle-ci n'est pas encore le principe; mais en fait ces cas ne sont pas importants, surtout statistiquement[3].

Peut-être existe-t-il une restriction générale du domaine de la réduction en valeur, dont l'origine résiderait dans les termes de l'article 866 alinéa 1er, qui exige que la libéralité « *excède la portion disponible* ». M. Catala soutient qu'il faut que la disposition s'impute au moins partiellement sur le disponible, qu'elle chevauche la masse disponible et la masse réservée. Car, si elle est totalement réductible, les risques de morcellement du bien donné, créés par une réduction partielle en nature, que veut éviter la loi, n'existent pas; la libéralité n'excède pas ce qui est permis, elle est toute entière au delà[4].

La conciliation de cette théorie avec la structure de l'avancement d'hoirie paraît difficile. Tout d'abord on ne saurait se fier aux termes de la loi, qui exige que la libéralité « excède la portion disponible ». Car il est exceptionnel que l'avancement d'hoirie s'impute sur la quotité disponible, et, plus encore, qu'il la déborde[5]. L'article 866 s'appliquerait donc rarement, alors qu'il est incontestable qu'il a été édicté en faveur de l'avancement d'hoirie. En réalité le texte désigne par là les cas où la réduction peut intervenir. Si effectivement le fondement de la loi exclut de son bénéfice la réduction totale, cette exclusion ne touche pratiquement pas l'avancement d'hoirie. Car, s'il est adressé à un réservataire, il commence par s'imputer sur la part réservée de ce dernier, et dans cette mesure il échappe à toute réduction; la libéralité ne peut subir, éventuellement, qu'une réduction partielle[6]; la restriction ne jouerait que si la part réservée du donataire avait été épuisée par un avancement d'hoirie antérieur et si la quotité disponible, sur laquelle la libéralité s'impute subsidiairement, avait elle-même disparu[7]. S'il

---

75[2]. A noter que les libéralités portant sur des offices ministériels sont réductibles en valeur, car la réduction en nature en est inconcevable. Le régime de cette réduction est certainement celui de l'art. 866. Cf. partie finale des notes de MM. Savatier, D. 1963.J.217, et Meurisse, S. 1963.J.129, sous Civ. 12 déc. 1962, *Fleuret*.

75[3]. Les plus fréquents seraient ceux des libéralités portant sur les meubles meublants et les valeurs mobilières, mais en pratique ces libéralités ne laissent pas de traces...

75[4]. Catala, th. cit. 62[1], n° 309; et art. cit. 65[1], n° 22.

75[5]. *V. supra* n° 38 et suivants.

75[6]. Ceci dans la théorie classique sur la réduction de l'avancement d'hoirie (*infra* n° 182-187). Ripert et Boulanger, t. 4 n° 2982, estiment que l'avancement d'hoirie subit la réduction dans toute la mesure où il s'impute sur la réserve; même à concurrence de la part du gratifié. Dans ce système, la réduction totale est le cas le plus courant. Mais ces auteurs sont isolés.

75[7]. Dans le système de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible; et aussi dans celui de l'imputation sur la réserve globale, dans lequel la portion disponible supporte également l'avancement d'hoirie, si celui-ci déborde l'ensemble de la réserve.

est adressé à un successible non réservataire, appelé à la succession en concours avec un réservataire, la restriction a plus de chances de jouer; il suffit de supposer que la quotité disponible, sur laquelle la libéralité s'impute obligatoirement, se trouve épuisée par des dispositions précédentes; mais ce type d'avancement d'hoirie est peu fréquent.

D'autre part, la théorie de M. CATALA est en soi fort critiquable[8]. L'esprit de la loi, tel qu'il apparaît après la réforme de 1961, n'est pas seulement d'éviter le morcellement des biens, mais aussi d'assurer la stabilité des libéralités; pour que soit réalisé ce but, il est indispensable d'admettre la réduction en valeur, quelle que soit l'importance de l'atteinte portée à la réserve. Il existe un seul argument favorable à la restriction; il consiste à relever que l'interprétation large de l'article 866 aboutit à permettre au *de cujus* de distribuer directement la partie réservée de sa succession, ce qui est contraire au principe de la réserve dévolue *ab intestat*. Cet argument suffit à soutenir la position de M. CATALA à propos des libéralités préciputaires, mais il est inefficace en ce qui concerne les avancements d'hoirie, dont nous verrons qu'ils sont aptes à attribuer la réserve[9]. Il semble donc que l'avancement d'hoirie puisse bénéficier de l'article 866 sans restriction.

76. — Par l'ampleur de son champ d'application, l'article 866 du Code Civil permet à l'avancement d'hoirie, dans la plupart des cas, de transférer définitivement la propriété du bien donné au successible gratifié, et d'être pleinement efficace. En l'extension de la réduction en valeur, la généralisation du rapport en moins prenant a trouvé son complément indispensable. Désormais le disposant est certain de la puissance de sa volonté sur la dévolution de ses biens. L'avancement d'hoirie est efficace, et pourtant il s'intègre dans la liquidation successorale. La conjonction de ces deux aspects met en évidence le rôle nouveau que remplit l'avancement d'hoirie: celui d'un allotissement anticipé des héritiers.

SECTION II

LE ROLE D'ALLOTISSEMENT DE LA LIBÉRALITÉ RAPPORTABLE

77. — La libéralité en avancement d'hoirie est devenue une disposition irréversible, grâce à la généralisation des compensations par équivalent entre héritiers. La propriété du bien qui en fait l'objet reste acquise au successible gratifié; mais l'égalité successorale est rétablie dans la

---

75[8]. PATARIN, art. R.T.C. précité 75[1], n° 32.
75[9]. *Infra* n° 181-197.

liquidation. Le résultat obtenu est le même que si le disposant était intervenu dans le partage ordinaire de la succession pour faire attribuer le bien à l'héritier qu'il choisit. Le disposant, en faisant l'avancement d'hoirie, a opéré par avance l'allotissement du gratifié. Ce rôle de la libéralité est le résultat nécessaire de la technique employée pour obtenir son rapport à la succession. Il réagit lui-même sur la conception générale que l'on peut se faire de l'avancement d'hoirie: la notion a subi une évolution certaine.

§ 1. — L'allotissement, résultat technique.

78. — Le jeu du rapport en moins prenant consiste à laisser au gratifié la propriété du bien, que lui a transférée l'avancement d'hoirie, et en contrepartie à diminuer ses droits dans le partage de la succession, qui suit. La part du successible donataire ou légataire, dans la masse reconstituée en valeur par le rapport, est celle qu'il aurait recueillie en l'absence de l'avancement d'hoirie: une part égale à celles de ses cohéritiers non gratifiés. Mais on considère la libéralité comme un acompte sur cette part. En conséquence on opère, avant le partage égal des biens existants, des prélèvements sur la masse au profit des cohéritiers; c'est-à-dire une sorte de partage partiel, dont les lots compensent exactement la libéralité, tout comme si elle avait constitué elle-même le lot du gratifié dans ce partage limité. Le système de l'imputation, pratiqué en général, est encore plus révélateur que celui du prélèvement de la transformation de l'avancement d'hoirie en un lot du partage, car alors le partage conserve son unité de façon évidente et il résorbe la libéralité dans l'attribution faite au gratifié. La formule employée par le notaire est la suivante: « *Pour le nantir de ses droits dans le partage, il lui est attribué:* 1) *son rapport*, 2) *tel bien...* »; l'avancement d'hoirie apparaît comme l'un des articles du lot du gratifié, le surplus étant constitué par le jeu du partage ordinaire. Si l'avancement d'hoirie dépasse le montant des droits héréditaires du gratifié, celui-ci verse une récompense à ses cohéritiers, qui, suivant le cas, constitue un rapport en valeur ou une réduction, mais qui reste toujours une soulte du partage dans lequel la libéralité se résorbe.

L'avancement d'hoirie s'impose au partage, dont il devient un élément obligé. Il détermine la composition de la part que son bénéficiaire recueille dans la succession; il apportionne le gratifié, évitant ainsi à celui-ci les inconvénients du tirage au sort et de la licitation. Il influe aussi sur ce qu'obtiennent les cohéritiers dans le partage: les biens qui restent dans le patrimoine après la ponction qu'il opère, et éventuellement une indemnité pécuniaire. L'avancement d'hoirie opère un allotissement de l'héritier gratifié, partiel lorsque son résultat est de diminuer les droits de celui-ci dans le partage ordinaire, complet, parfois, lorsque son montant couvre ou dépasse la part du bénéficiaire dans la succession.

A la limite l'avancement d'hoirie peut vider de sens le partage de la succession: lorsqu'il ne subsiste au décès aucun lien libre, que la masse partageable ne comprend que la valeur du rapport et de la réduction; chacun des cohéritiers ne peut recevoir pour lot qu'une somme d'argent; le partage se ramène à un décompte. Une telle situation peut résulter de façon courante de l'annulation d'un partage d'ascendant pour lésion ou prétérition; car l'article 1078 alinéa 4 du Code Civil fait éclater l'acte en une série d'avancements d'hoirie[1], et il reste très peu ou pas du tout de biens dans la succession, puisqu'on n'a pu réparer le déséquilibre de l'opération initiale en les utilisant. La répartition des biens reste celle établie par le partage d'ascendant transformé en avancements d'hoirie, le nouveau partage l'entérine en ne portant que sur la représentation comptable des biens.

Il ne faudrait pas s'abuser sur la portée de l'intégration de l'avancement d'hoirie au partage global de la succession. Le bien est la propriété du donataire dès la libéralité; le partage n'y change rien, ce n'est pas lui qui opère l'attribution du bien[2]. L'avancement d'hoirie apparaît comme un acte jouant un rôle de partage[3], mais il est fait avant le temps de la liquidation de la succession, et il produit ses effets avant qu'elle n'intervienne et même si elle n'intervient jamais. L'avancement d'hoirie est un élément du partage, mais anticipé. C'est un *allotissement anticipé*[4]. Certes, l'expression ne prend tout son sens qu'en ce qui concerne l'avancement d'hoirie par donation. En cas d'avancement d'hoirie testamentaire, l'anticipation est le plus souvent fort limitée: ordinairement le partage suit de peu l'attribution du bien[5]. Il s'agit davantage d'une « assignation de part » que d'un allotissement anticipé. Mais dans les deux cas la part du gratifié dans la succession est prédéterminée quant à sa composition, de sorte qu'on a pu dire que « les termes d'avancement d'hoirie sont devenus plus parfaitement exacts qu'ils ne l'étaient »[6].

78[1]. PELLEGRIN, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse Grenoble 1960, éd. Paris 1961, n° 59.

78[2]. La tentation est grande, surtout en présence du système du rapport par imputation, de considérer que le bien est attribué par le partage, comme au temps du rapport en nature. La position permettrait de rendre compte commodément du titre légal auquel le gratifié recueille le bien (*v. infra* n° 84-88): cf. p. ex. WAYMEL, *De l'imputation des libéralités faites à un héritier acceptant*, thèse Lille 1933, n° 22 p. 68. Elle faciliterait aussi la solution des problèmes d'application des règles du partage à l'avancement d'hoirie, principalement du privilège sur le bien (*v. infra* n° 236).

78[3]. C'est une autre question de savoir s'il constitue une opération de partage (*v. infra* n° 272-273).

78[4]. COLIN-CAPITANT, t. 3, n° 1205-1206; FLOUR, note au D.C. 1944.J.109-II *in fine*.

78[5]. Ceci si l'on estime qu'il n'y a pas lieu à délivrance d'un legs en avancement d'hoirie (*v. infra* n° 86-88). Si l'on exige la délivrance du legs, l'anticipation est encore plus limitée: le légataire est propriétaire exclusif du bien dès le décès, mais sa prise de possession est soumise à la délivrance, qui ne précède que rarement le partage.

78[6]. FLOUR, *loc. praecit.* 78[4]. M. SAVATIER, note au D. 1962.J.217-II *init.*, estime au contraire qu'il n'y a plus désormais seulement *avancement d'hoirie*, mais *attribution d'une part d'hoirie*; la distinction est subtile, elle évoque le lien entre les idées d'*avance* et de restitution (*v. supra* n° 23 et *infra* n° 458).

79. — L'avancement d'hoirie, s'intégrant au partage de la succession, semble s'opposer nettement au préciput. En effet on ne saurait dire de celui-ci, sans forcer le terme, qu'il constitue un allotissement, un élément de partage, alors que par définition il intervient « hors-part ». Certes en cas de non existence d'héritiers réservataires, le préciput fait en série permet de transmettre aux successibles une succession toute partagée d'avance[1]; mais il ne s'agit pas alors d'un véritable partage anticipé[2], car, en opérant ainsi, le disposant use de son droit de disposition comme au profit d'étrangers; il ne prend pas en considération la qualité de successeurs éventuels de ceux qu'il gratifie. Par contre, s'il existe des héritiers réservataires, le préciput adressé à l'un des successibles peut se trouver dépasser la masse disponible et déborder sur la réserve, laquelle est obligatoirement transmise *ab intestat*, indivisément, et soumise au partage. Or grâce aux dispositions des articles 924 et 866 du Code Civil, l'excès du préciput n'est que rarement reversé en nature dans la succession. Il s'impute sur les droits réservés du gratifié, si celui-ci est réservataire; et la technique de l'imputation est la même que celle du rapport en moins prenant: l'exécution de la libéralité initiale est assurée par l'abandon corrélatif de ce que l'héritier bénéficiaire aurait à recevoir en vertu du partage ordinaire[3]. La libéralité excédentaire peut même être maintenue si elle empiète sur la réserve des cohéritiers (art. 866 C.civ), quitte pour le gratifié, réservataire ou héritier ordinaire, à verser une compensation pécuniaire, qui revêt la nature d'une soulte de partage. Grâce à la réduction en valeur de ce qui en elle porte sur la réserve, la libéralité préciputaire adressée à un successible peut s'intégrer, comme l'avancement d'hoirie, dans le partage et valoir allotissement anticipé[4]. M. VIALLETON, après Edouard LAMBERT, a pu dégager le rôle d'allotissement du « legs d'attribution »[5]; on peut étendre l'appréciation portée par ces auteurs sur l'efficacité du préciput testamentaire, à l'ensemble des libéralités de ce type.

Cependant il convient de ne pas perdre de vue que le rôle d'allotissement du préciput n'est qu'exceptionnel, car le débordement sur la réserve n'est pas la règle; alors que l'avancement d'hoirie joue ce rôle dans tous les cas, par sa structure même. Mais il est incontestable que le développement des compensations en valeur a permis ce que M. PELLEGRIN appelle « l'apparition d'une fonction unitaire » des libéralités adressées à des successibles[6]; désormais l'avancement d'hoirie et le

---

79[1]. LAMBERT, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, Paris 1895, n° 823-825.

79[2]. Et surtout pas d'un partage d'ascendant, car ces libéralités, puisqu'il n'existe pas de réserve, ne peuvent être adressées à des successibles descendants, condition exigée par ce type d'acte.

79[3]. VIALLETON, *op. cit.* 71[2], R.T.C. 1940-41, pp. 2-3.

79[4]. PELLEGRIN, th. cit. 78[1], n° 159-161.

79[5]. VIALLETON, art. précité 79[3]; LAMBERT, *op.* précit. 79[1], n° 823-880.

79[6]. PELLEGRIN, th. cit. 78[1], n° 156-166.

préciput, délivrés de la menace que faisait peser sur eux l'obligation de restitution en nature, anticipent sur la dévolution successorale, comme le partage d'ascendant, dont cette fonction était jadis l'apanage exclusif[7].

L'avènement d'une technique permettant de faire jouer à l'avancement d'hoirie le rôle d'un allotissement se traduit concrètement par une sensible évolution de la conception que l'on se fait de l'institution.

§ 2. — L'évolution de la notion d'avancement d'hoirie.

80. — Grâce à la possibilité qui lui est désormais ouverte d'anticiper le partage de la succession, l'avancement d'hoirie est sorti de sa médiocrité. La notion classique, qui insistait sur l'anéantissement de l'œuvre du disposant par la restitution du bien lors de son décès et sur l'intérêt de l'opération pendant la seule période séparant la date de la libéralité de celle de l'ouverture de la succession, fait place à une conception qui exalte la puissance de la volonté du disposant, et qui est plus consciente de l'efficacité de l'avancement d'hoirie dans la dévolution de la succession et prône son utilisation fonctionnelle.

A. — Exaltation de la puissance de la volonté du disposant:

81. — L'effet d'allotissement de l'avancement d'hoirie confère au disposant le pouvoir d'intervenir dans les opérations de dévolution et de partage de sa propre succession, alors que celles-ci échappent normalement à son influence, lorsqu'il ne désire pas rompre l'égalité prévue par la loi entre ses héritiers. Désormais, tout en conservant un partage égal, il détermine le sort du bien qui fait l'objet de l'avancement d'hoirie. Il peut ainsi tenir compte des goûts et des aptitudes de ses successibles, en attribuant à chacun les biens qui lui conviennent le mieux; il favorise ainsi la conservation des biens dans la famille, nul n'ayant la tentation de vendre un avoir qui ne présente pas d'attrait pour lui; il facilite l'entente entre les héritiers, en évitant les jalousies qui découlent d'une attribution par le jeu du hasard. Mais le disposant peut aussi assurer la propriété des éléments les plus intéressants de son patrimoine à un enfant préféré. Bref, l'avancement d'hoirie permet d'adapter les opérations de partage à la situation de la famille, telle que la conçoit le père, tout en n'établissant pas d'inégalité entre les héritiers quant à la vocation héréditaire. Le simple avancement d'hoirie présente un intérêt du même ordre que le partage d'ascendant[1], dont il reprend les vertus si souvent vantées[2].

79[7]. *V. infra* nº 212 et suiv., la comparaison entre avancement d'hoirie et partage d'ascendant.

81[1]. Desbois, *op, cit.* 74[2], D.P. 1938.4.361; Beudant-Le Balle, t. V bis, nº 869; De Page, t. VIII-2, nº 797-C note 110.

81[2]. *V.* une anthologie sommaire dans Despax, *Le partage d'ascendant: paix des familles ou guerre de succession*, D. 1959. Chr. p. 245.

Le respect de la volonté du *de cujus* n'est pas un pur effet mécanique de la réforme du rapport; il est l'un des buts que poursuivait le législateur en assouplissant les règles des restitutions, qui apparaissent nécessaires dans la confrontation des libéralités avec la succession[3]. Ce souci du législateur moderne de développer un pouvoir quasi-discrétionnaire du disposant est assez extraordinaire à une époque où la liberté et l'initiative de l'individu dans le droit privé sont de moins en moins respectées...

L'intrusion de la volonté efficace du disposant dans un mécanisme aux règles aussi bien déterminées que la dévolution et la répartition de la succession, ne va pas sans un bouleversement de ces règles[4]. Le pouvoir du disposant tient en échec aussi bien la règle traditionnelle de l'égalité des lots en nature édictée par les articles 826 et 832 du Code Civil, que les règles nouvelles d'attribution préférentielle de certains biens; il nie le principe essentiel de la réserve: son caractère *ab intestat*. On peut se demander si la toute-puissance du donateur ou testateur en avancement d'hoirie ne renferme pas un germe d'abus, car toutes les règles écartées reposent sur des motifs valables. Sans doute le partage d'ascendant aboutit-il au même résultat, mais il constitue une opération de liquidation successorale complète en soi. Il supprime la nécessité d'un partage ultérieur, car il est un partage lui-même. Dans le cas de l'avancement d'hoirie, le mécanisme de la liquidation subsiste à l'ouverture de la succession. Il existe et on y intègre un élément extérieur.

Sûr de l'efficacité de l'anticipation qu'il fait sur le règlement successoral, le disposant peut envisager l'avancement d'hoirie sous l'angle du rôle qu'il est apte à jouer et l'utiliser conformément à sa fonction.

B. — Utilisation fonctionnelle de l'avancement d'hoirie:

La conscience et la mise à profit de la fonction d'allotissement de l'avancement d'hoirie par les parties intéressées est désormais fort répandue. Mais on relève sur ce plan un retard de la donation sur le legs.

82. — Les parties qui conviennent d'une donation rapportable ne mettent pas toujours le nouveau rôle de l'avancement d'hoirie au premier rang de leurs préoccupations. Cela tient à la banalité de ce type de donation: toute donation intervenant entre un disposant et son successible est présumée faite en avancement d'hoirie, et, faute de manifestation de volonté contraire, rapportable en moins prenant seulement. Dès lors, bien que l'avancement d'hoirie reste l'émanation de la volonté des parties, la pensée d'utiliser les nouvelles possibilités qu'offre cette institution peut leur être totalement étrangère. Elles envisagent le transfert immédiat de propriété essentiellement; si elles sont conscientes du caractère rapportable de la libéralité, la jouissance anticipée peut capter leur attention; l'allotissement apparaît comme une conséquence qui

---

81[3]. Desbois, *op. cit.* 74[2], D.P. 1938.4.364.
81[4]. *Infra*, Titre II, n° 92 et suivants.

était restée floue dans leur esprit. A l'inverse le donateur peut être conscient de la future intégration de la disposition dans le règlement successoral, mais vouloir l'éviter; les parties stipulent alors le rapport en nature du bien. Le plus souvent le donateur opère avec l'idée de faire une attribution définitive à l'un de ses héritiers, sans porter atteinte à l'égalité entre ses successeurs. On peut être certain que cet aspect prime désormais les autres, du moins lorsque la donation est faite en la forme notariée et que les parties sont éclairées sur sa portée exacte. Au cas où une réserve d'usufruit est stipulée par le donateur, l'utilisation fonctionnelle de l'avancement d'hoirie est particulièrement évidente, parce qu'elle est la seule logique.

83. — En matière de legs, disposition qui ne prend effet qu'à l'époque de la liquidation, le rôle d'allotissement est le seul concevable. Les parties ne peuvent pas prévoir une utilisation de ce type de disposition autre que fonctionnelle, car il ne saurait être question de jouissance anticipée du bien[1], et une stipulation de rapport en nature serait vide de sens et est d'ailleurs prohibée. Le testateur est nécessairement conscient de la portée de son acte, car depuis la loi de 1898 le legs n'est rapportable que si telle est la volonté expresse du disposant. Le legs en avancement d'hoirie constitue une simple assignation de part à un successible.

Ainsi conçu, le legs en avancement d'hoirie est parfaitement utile. Le testateur peut ne pas vouloir avantager un de ses successeurs, mais lui faire une attribution; à défaut de legs, il devrait recourir au testament-partage, qui peut paraître compliqué à qui n'en connaît pas l'assouplissement, et dont les conditions ne sont pas toujours réunies. L'affaire *Berthier de Wagram*[2] nous fournit un exemple d'utilisation du legs en avancement d'hoirie comme assignation de part. Le prince de Wagram avait fait un legs particulier à sa fille naturelle non reconnue, qui obtint après le décès la reconnaissance judiciaire de sa filiation. Les autres légataires, soucieux d'éviter que l'enfant ne cumulât son legs avec sa réserve, demandèrent que le caractère d'avancement d'hoirie de la libération fût reconnu. La Cour de Paris estima la volonté du testateur suffisamment claire, pour que fût écartée la présomption de caractère préciputaire qui découlait de l'article 843 du Code Civil. Et le *de cujus* avait attribué certaines valeurs bien définies à la légataire à l'exclusion des biens de caractère familial. L'idée de legs en avancement d'hoirie était peut-être artificielle en l'espèce[3], mais il est certain que sa découverte traduisait bien la conception de l'avancement d'hoirie comme une assignation de part. Souvent

---

83[1]. Certes, si l'on admet que le légataire en avancement d'hoirie a la saisine même sans délivrance, il peut entrer en possession dès le décès (*v. infra* n° 86-88). Mais c'est une anticipation fort minime.

83[2]. Paris 27 nov. 1924, D.H. 1925.10.

83[3]. Car les cohéritiers ne demandaient pas le rapport; il n'était question que d'éviter l'imputation du legs sur la quotité disponible. *Considérant qu'en réalité il ne s'agit pas d'exiger de la mineure Monique Berthier un rapport, mais de fixer la consistance de sa part...*, dit l'arrêt (v. une interprétation de cet attendu fondamentalement différente, dans BEUDANT-LE BALLE, t. V bis, p. 589 note 1). D'autre part, la Cour décida l'imputation sur la réserve, mais estima que l'excédent, débordant sur la quotité disponible, ne devait pas être partagé entre les héritiers (*v. supra* 48[4]).

la pensée du testateur de régler les attributions dans sa succession au moyen du legs est évidente: ainsi en est-il dans l'hypothèse du legs d'un fond de commerce, bien essentiel et quasi-unique de la succession, par un père à son fils, à charge de rapport de sa valeur à sa fille[4]. Parfois on hésite dans l'interprétation d'un testament rédigé de façon confuse, entre l'avancement d'hoirie et une obligation mise à la charge des héritiers de faire figurer le bien dans le lot du bénéficiaire de la stipulation[5].

La conception du legs à successible comme une assignation de part peut sans difficulté jouer le rôle de la conception de base, à laquelle on se réfère en cas de doute sur le sens de la libéralité, dans un système qui laisse au testateur le choix entre avancement d'hoirie et préciput. Tel aurait pu être le cas en droit français avant la loi de 1898. TROPLONG approuvait la présomption d'avancement d'hoirie établie par l'article 843 ancien du Code Civil et suggérait à la jurisprudence de décider que le legs en avancement d'hoirie serait en principe exécuté en moins prenant[6], car c'était le seul sens rationnel de l'institution. Cette position est actuellement soutenue par une partie de la doctrine en Belgique, où le Code Civil est resté sur ce point en son état originel[7]; ces auteurs estiment que la présomption d'avancement d'hoirie s'applique au legs à successible avec autant, sinon plus, de vraisemblance que la présomption de préciput introduite par la loi de 1898, pour peu qu'on veuille bien assortir l'avancement d'hoirie d'un rapport en simple valeur. L'utilité du legs — assignation de part n'a pas échappé à la Commission de Réforme du Code Civil, dont certains membres ont envisagé le rétablissement de la présomption d'avancement d'hoirie des legs[8]. Le Code Civil Suisse tire pleinement les conséquences de la fonction d'allotissement du legs rapportable en moins prenant; son article 608 alinéa 3 décide que l'attribution d'un objet de la succession à l'un des héritiers n'est pas réputée un legs, mais une simple règle de partage, si la disposition ne révèle pas une volonté contraire du testateur. Une telle analyse a le mérite de faire ressortir l'aspect essentiel du legs en avancement d'hoirie; mais elle constitue aussi une option sur la nature de l'institution, qu'on ne saurait prendre dans l'état actuel du droit français.

Le caractère essentiellement distributif du legs en avancement d'hoirie ne saurait faire oublier que l'avancement d'hoirie testamentaire confère à son bénéficiaire la propriété du bien dès l'ouverture de la succession, c'est-à-dire avant tout partage. Grâce au legs le gratifié ne se trouve jamais en indivision avec ses cohéritiers quant au bien attribué. En ce sens le legs en avancement d'hoirie se range parmi les legs véritables. Est-ce

---

83[4]. Civ. 2 fév. 1955, *Seguin*, Bull. Cass. Civ. 1955.1.50.

83[5]. Paris 23 oct. 1963, *De P...*, D.S. 1965.J.514, note De la Marnierre.

83[6]. TROPLONG, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. 2, 1855, n° 881.

83[7]. DE PAGE, t. VIII-2, n° 797-C.

83[8]. Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, années 1953-1955 p. 286.

à dire qu'il soit vraiment dévolutif? Cela est fort douteux, car il est sans effet sur l'importance de ce que l'héritier gratifié recueille dans la succession; l'avancement d'hoirie est une simple avance sur la part successorale de son bénéficiaire. Or cet état de choses risque d'entraîner une conséquence juridique, qui éloigne encore le legs en avancement d'hoirie du legs ordinaire: la substitution d'un titre légal d'acquisition au titre volontaire du gratifié.

Section III

LE TITRE LÉGAL DE L'HÉRITIER RAPPORTANT

84. — La libéralité confère un titre d'acquisition volontaire à celui qui en bénéficie; la dévolution successorale *ab intestat* confère un titre d'acquisition légal à l'héritier. L'avancement d'hoirie, libéralité faite à un héritier, est situé au point de rencontre des deux types de transmission de biens du défunt. Il se présente comme une libéralité, mais le rapport l'intègre dans le règlement *ab intestat* de la succession. L'inversion du titre est manifeste; le rapport efface le titre volontaire du successible gratifié au profit du titre légal. A proprement parler le phénomène n'est évident que lorsque le rapport opère en nature, car alors il ne subsiste aucune trace de la libéralité pour l'enfant; mais il s'agit là plutôt d'une disparition rétroactive du titre volontaire que d'une inversion. En cas de rapport en valeur, il apparaît que l'héritier conserve le bien dont il est gratifié, à titre d'héritier, puisqu'il impute la libéralité sur sa part héréditaire; mais l'inversion véritable, que suppose la technique du rapport en moins prenant, demande à être examinée de façon plus approfondie. Le problème n'est pas le même selon que l'avancement d'hoirie est consenti entre vifs ou à titre testamentaire.

A. — Cas de la donation en avancement d'hoirie:

85. — Le donataire, qui conserve le bien qui lui a été donné, le fait en sa qualité d'héritier. Il n'obtient rien de plus que s'il était venu à la succession *ab intestat* sans avoir bénéficié de la libéralité. Le bien se révèle constituer un acompte sur sa part héréditaire. Il est logique de considérer que l'avance, comme le reste de son lot de partage, lui est acquise en vertu de la dévolution légale de la succession. Le titre légal est le titre définitif de l'acquisition. Mais jusqu'à l'ouverture de la succession, c'est la donation qui était à l'origine de la transmission. Le titre volontaire, celui de tout bénéficiaire d'une libéralité, n'est pas effacé

rétroactivement par l'événement du rapport en valeur, comme il l'est par le rapport en nature, qui opère résolution de la donation. Les deux titres se succèdent dans le temps[1].

Une telle succession de titres se rencontre dans la donation-partage, « acte complexe (qui) crée entre les donataires et les donateurs du vivant de ces derniers... des rapports d'ordre contractuel... (et dans lequel) le décès de l'ascendant donateur a pour effet de créer de nouveaux rapports d'ordre successoral entre les descendants gratifiés, alors devenus héritiers »[2]. Nous avons déjà relevé l'apparition d'une fonction d'anticipation sur la succession, commune à l'avancement d'hoirie et au partage d'ascendant. L'inversion du titre de l'enfant alloti est un phénomène qui découle de façon naturelle de cette fonction, et il est logique qu'il se retrouve dans l'une comme dans l'autre des institutions qui la remplissent.

B. — Cas du legs en avancement d'hoirie:

86. — Lorsque l'allotissement est opéré par voie testamentaire, la situation est moins claire. Il ne saurait être question d'une succession des titres d'acquisition du successible. Car dans le legs en avancement d'hoirie le titre volontaire n'a pas le temps de prendre effet. La succession s'ouvre et l'obligation de rapport naît à l'instant même où la libéralité doit recevoir exécution. Intégrant l'avancement d'hoirie dans la transmission successorale ordinaire, le rapport neutralise l'effet dévolutif du legs, qui devient une simple assignation de part dans la succession *ab intestat*, et n'aura jamais rien été d'autre. C'est un problème de concours des titres qui se pose, car, si le titre légal paraît incontestable, on peut hésiter à supprimer tout titre volontaire dans une transmission par legs. Il n'est pas inutile d'approfondir la question; son étude est d'ailleurs susceptible de nous éclairer sur les aspects fondamentaux du phénomène d'inversion du titre du successible donataire, que son évidence incite à laisser dans l'ombre.

85[1]. Il semble résulter de la substitution du titre d'héritier à celui de donataire une curieuse conséquence quant au jeu de l'attribution préférentielle prévue par les art. 832, 832-1 et 832-2 C.civ. Si l'avancement d'hoirie laisse le bien susceptible d'attribution préférentielle indivis entre les gratifiés, l'attribution préférentielle peut, nous semble-t-il, jouer, bien que l'indivision résulte d'une libéralité et non du décès, car les indivisaires se présentent après le décès en qualité de cohéritiers. Cf. Civ. 9 mars 1965, *Lautescher* J.C.P. 1965.2.14245 obs. G.C.M. G.P. 1965.2.8, R.T.C. 1965.683 et 836 obs. Savatier.

Par identité de raison, il doit en aller de même en matière de partage d'ascendant, après le décès du disposant. *V.* en ce sens Civ. 29 avr. 1965, *Douaillat-Deltour*, D.S. 1965.J.600, où l'acte qualifié *donation-partage* constituait peut-être une série d'avancements d'hoirie.

85[2]. Civ. 28 nov. 1950, *Bouyoud* et *Loisel*, S. 1951.1.193, note Batiffol, J.C.P. 1951.2.5997, obs. Cavarroc.

L'idée d'un cumul des vocations légale et testamentaire, qui éviterait le débat, doit être écartée de prime abord. Car les deux titres s'opposent à de nombreux points de vue[1]. Seules nous intéressent les différences qui concernent l'emprise du successeur sur le bien précis qui est transmis par l'avancement d'hoirie; car, même si l'on retient le titre volontaire de l'héritier légataire, le titre légal lui est acquis pour les biens non légués, puisqu'il est aussi héritier. Il s'agit des conséquences de la vocation relatives à la saisine et à la caducité de l'attribution. Il s'agit aussi de la contribution aux dettes de la succession. Mais il ne s'agit pas du rapport des dons faits au légataire, auquel celui-ci reste obligé, même si l'on ne prend en considération que son titre de successeur testamentaire, à cause de la survie de son titre d'héritier légal pour les autres biens[2]. L'opposition des conséquences des deux titres est irréductible, et constitue un obstacle insurmontable pour la thèse du cumul[3].

Une autre solution tentante consisterait à trancher par la suprématie d'une forme de dévolution, qui serait sans doute la dévolution légale, car la jurisprudence tend à lui donner le pas sur la dévolution volontaire dans ses arrêts sur le titre et l'émolument[4]. Mais malgré ces décisions judiciaires la question est très controversée; les auteurs la résolvent selon leurs options philosophiques de base. Les principes contradictoires du droit français, qui établit à la fois la liberté testamentaire et la réserve, incitent à penser qu'il existe un équilibre plutôt qu'une suprématie[5]. Il serait donc imprudent de se reposer sur une base aussi fragile, mais sa considération peut servir d'argument d'appoint.

87. — Il existe des raisons pour soutenir chacun des deux titres en concurrence.

En faveur de la vocation légale de l'héritier légataire, on peut noter que le titre volontaire ne serait d'aucune utilité, s'agissant d'attribution à un héritier qui à défaut de testament viendrait à la succession pour la

---

86[1]. Vialleton, art. cit. 71[2] R.T.C. 1940-41 p. 23.

86[2]. Et aussi à cause d'un argument de logique. On admet que les légataires universels, qui sont en même temps héritiers, ne sont pas soumis au rapport, à cause de la contradiction qui éclaterait entre la volonté d'inégalité qui découle de l'existence du legs et la présomption de volonté égalitaire sur laquelle repose l'obligation au rapport. Cf. Soum, *La transmission de la succession testamentaire*, thèse Toulouse 1957, éd. Paris 1957, n° 170. Dans notre hypothèse, le disposant, en faisant un legs en avancement d'hoirie, a marqué sa volonté d'assurer l'égalité entre les héritiers.

86[3]. Thèse qui fut défendue par Lambert, *op. cit.* 79[1], n° 825, 849 et 648-658. Mais l'aspect de sa théorie par lequel cet auteur démontre le maintien du titre légal dans le legs à successible, reste valable.

86[4]. Beudant-Voirin, t. VII, n° 361; Soum, thèse précitée 86[2], n° 166 et n° 127. Req. 29 mars 1869, *Thirion*, S. 1870.1.9; Req. 8 nov. 1932, *Montalti*, S. 1933.1.281, note Vialleton.

86[5]. Vialleton, note au S. 1933, précitée note 4, et *Regards sur quelques problèmes d'organisation successorale*, *in* Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, vol. 13, Rome 1937, 1[ere] partie, pp. 299-305.

même part. Aucune dévolution volontaire n'est nécessaire. Le legs peut se borner à un rôle de répartition. C'est ainsi que M. VIALLETON a soutenu que les legs ordinaires, préciputaires, adressés à des réservataires et leur attribuant leurs parts de réserve par le jeu d'un débordement de la quotité disponible, supposée préalablement épuisée, respectent le titre *ab intestat* des héritiers légataires[1]. Car ces « legs d'attribution » réalisent une répartition plus qu'une dévolution, grâce à leur imputation sur la réserve, qui techniquement fonctionne comme un rapport en moins prenant[2].

En faveur du maintien du titre volontaire, on relève les différences qui séparent le rapport des legs de celui des dons, qui apparaît incontestablement comme un incident de la succession *ab intestat*, imposant le titre légal, et qui constitue une référence. L'objet du rapport du legs est un bien qui figure encore dans la succession au décès, il n'y est pas réintégré comme l'élément qui est sorti du patrimoine du *de cujus* par une donation; le rapport du legs bénéficie aux créanciers héréditaires, car le bien fait encore partie de leur gage et le legs ne peut s'exécuter qu'après acquittement des dettes. M. LE BALLE s'est demandé si l'on ne devait pas considérer le légataire en avancement d'hoirie comme un successeur testamentaire, auquel le testateur a imposé une charge[3]. Le legs conserverait alors ses effets propres, s'opposant ainsi au lot d'un testament-partage, dont la reconnaissance de la vocation légale du gratifié rapprocherait considérablement l'avancement d'hoirie.

88. — Mais, malgré ces divergences avec la situation issue du rapport des dons, la reconnaissance de l'appel légal du légataire en avancement d'hoirie s'impose. Ainsi que le relève M. LE BALLE, le législateur, qui en 1898 a conservé l'institution du rapport en moins prenant des legs, a eu au moins vaguement conscience que le rapport des dons et le rapport des legs étaient deux modalités d'un même incident du partage de la succession *ab intestat*[1]. Il n'a nullement conçu l'idée de les séparer.

87[1]. VIALLETON, art. cit. 71[2], R.T.C. 1940-41, pp. 25-28; repris par PELLEGRIN th. cit. 78[1], n° 177-178.

87[2]. La théorie du titre légal du légataire préciputaire ne va pas sans soulever de sérieuses difficultés. On la conçoit facilement lorsque le *de cujus* a fait une série de legs, qui allotissent tous les enfants de façon égale et complète, ne laissant place à aucun avantage de l'un d'eux par rapport à sa part *ab intestat*. Mais en cas de legs isolé, le gratifié préciputaire bénéficie généralement d'un avantage: le legs conserve sa fonction dévolutive. C'est pourquoi M. VIALLETON limite soigneusement son analyse au cas où le legs isolé s'impute exclusivement sur la réserve, et où en fait il fonctionne comme un avancement d'hoirie.

LAMBERT, *op. cit.* 79[1], n° 825 et suiv., estimait que le préciput à successible maintenait toujours le titre légal du légataire, même quand le legs conservait sa fonction dévolutive; mais cette position excessive s'explique parce que son auteur admettait le cumul des vocations.

87[3]. BEUDANT-LE BALLE, t. V bis, n° 870-871.

88[1]. BEUDANT-LE BALLE, t. V bis, n° 872.

La reconnaissance de l'appel légal du légataire permet de donner des réponses satisfaisantes à un certain nombre de questions qui se posent. Le légataire possède alors la saisine; il n'a donc pas à demander la délivrance de son legs[2]. Il contribue aux dettes de la succession par une voie plus directe que le jeu de la maxime « *nemo liberalis nisi liberatus* », écrite pour les étrangers légataires. Il semble qu'il n'est pas soumis aux règles de la révocation du legs pour ingratitude, mais à celles de l'indignité successorale. Et le legs ne devrait pas être caduc par le prédécès du légataire: la représentation devrait éventuellement jouer[3]. LAMBERT fait ressortir par une comparaison ingénieuse tout le prix que la jurisprudence doit attacher à la reconnaissance d'un titre dont les conséquences sont souhaitables, alors qu'un autre serait possible: Quand le testateur, après avoir institué légataires universels des étrangers, répartit entre eux par voie d'assignations particulières les objets compris dans l'institution, les arrêts n'hésitent pas à y voir des légataires universels et non des légataires particuliers; *a fortiori* la vocation légale doit-elle être maintenue aux successibles naturels allotifs[4]. La reconnaissance de l'appel *ab intestat* du bénéficiaire de l'avancement d'hoirie permet en outre sur le plan théorique d'expliquer que la libéralité puisse attribuer la réserve, dont la dévolution ne peut être que légale[5].

L'un des arguments les plus efficaces en faveur du titre légal du légataire réside en l'attraction qu'exerce sur l'avancement d'hoirie le partage d'ascendant[6]. Le testament-partage, qui remplit le même rôle d'allotissement, mais en série, laisse à chaque copartagé le bénéfice de sa vocation légale. LAMBERT se demandait si l'existence du partage d'ascendant ne constituait pas un obstacle à l'attribution du titre d'acquisition légal à l'enfant alloti par legs[7]. Le testament-partage n'était-il pas un emploi obligatoire pour obtenir un allotissement qui ne conservât pas les effets propres du legs? Les divergences entre le régime du legs et celui du partage d'ascendant étaient nettes avant 1938, rendant un rapprochement difficile. Mais, depuis les réformes qui ont affecté le partage d'ascendant, le particularisme de cette institution s'est atténué: les anciennes restrictions à la liberté de distribution du père de famille ont disparu. Celui-ci peut aujourd'hui tester simplement,

---

88[2]. Sans doute les praticiens hésiteront-ils à admettre cette solution; car l'art. 1014 C.civ. impose à tout légataire particulier de demander la délivrance. Cependant exige-t-on une délivrance en cas de testament-partage? Pourtant l'art. 1075 renvoie aux formalités relatives aux testaments!

88[3]. VIALLETON, art. cit. 71[2] R.T.C. 1940-41 pp. 26-27; PELLEGRIN, th. cit. 78[1], n° 177.

L'influence des considérations de bons sens sur la solution de ces différents problèmes est illustrée par la jurisprudence, qui fait de la caducité du legs universel adressé à un héritier une question d'interprétation de volonté. Cf. SOUM, th. cit. 86[2], n° 171-172, et BEUDANT-VOIRIN, t. VII, n° 362.

88[4]. LAMBERT, *op. cit.* 79[1], n° 849.

88[5]. VIALLETON, *loc. cit.* p. 27.

88[6]. VIALLETON, *loc. cit.* pp. 25-26.

88[7]. LAMBERT, *op. cit.* 79[1], n° 829-847.

sans qu'on y voie une tentative de fraude au monopole du testament partage. Dès lors, dans une législation non formaliste on ne saurait soumettre à des régimes différents deux institutions qui remplissent la même fonction, accorder à l'une de faire des héritiers *ab intestat* et décider que l'autre ne fera que des successeurs testamentaires[8].

89. — Le résultats de la reconnaissance de la vocation légale du légataire en avancement d'hoirie est une minimisation de l'aspect dévolutif de ce type de legs. Le bien est transmis par la vertu de la loi successorale. Le legs se borne à assigner sa part au légataire; il est essentiellement répartitif. Cependant, malgré l'opposition avec le legs ordinaire, la qualification de legs de l'avancement d'hoirie testamentaire n'est pas malvenue. D'une part, elle met en évidence que la répartition dont il s'agit n'est pas une simple promesse d'attribution dans le partage, mais une attribution immédiatement effective; le légataire en avancement d'hoirie ne se trouve aucunement en indivision avec ses cohéritiers quant au bien légué. D'autre part, la qualification de legs permet au titre volontaire, qu'elle implique normalement, de surgir lorsque le rapport ne s'opère pas; ainsi en cas de renonciation de l'héritier présomptif gratifié, par exemple, celui-ci obtient le bien légué grâce à son titre de successeur testamentaire.

90. — La combinaison du titre légal d'acquisition du légataire ou donataire en avancement d'hoirie avec sa fonction économique d'allotissement, qui résulte de la généralisation du rapport en moins prenant, fait de l'avancement d'hoirie, tel qu'il se présente à l'issue des réformes qui l'ont rénové un instrument efficace de partage. L'avancement d'hoirie marque l'introduction de la volonté du *de cujus* dans la partage de sa succession, en dehors de toute forme spéciale.

Et pourtant l'avancement d'hoirie n'est pas détourné de son aspect positif, qui était celui d'un moyen de conférer au successible la jouissance anticipée du bien, d'opérer une avance immédiate. La fonction de partage s'y est ajoutée. Le terme d'avancement a pris un sens plus complet, réunissant l'anticipation tangible dès la confection de l'acte et l'acompte qui apparaît dans la liquidation finale. Cependant l'idée maîtresse de l'institution, la sauvegarde de l'égalité entre héritiers, semble ne pas souffrir de la substitution des compensations en valeur à la restitution en nature. Réalisant pleinement le rôle que son appellation annonce, sans cependant manquer au devoir d'égalité que lui assigne son fondement, l'institution s'est affinée.

Mais ce tableau idyllique ne résiste pas à un examen approfondi, car la technique de la restitution par équivalent est difficilement compatible avec les principes successoraux, qui n'ont pas subi un assouplissement aussi profond. L'intrusion de l'avancement d'hoirie dans le mécanisme de l'hérédité bouleverse les principes successoraux.

88[8]. Vialleton, *loc. cit.* p. 26.

TITRE DEUXIÈME

LE BOULEVERSEMENT DES PRINCIPES SUCCESSORAUX

92. — L'avancement d'hoirie permet désormais au disposant de régler l'attribution des biens de son patrimoine à ses héritiers, sans porter atteinte, par hypothèse même, à l'équilibre qui résulterait entre eux d'une dévolution *ab intestat* normale. Mais l'observateur s'aperçoit vite de la contradiction qui oppose les deux termes de cette affirmation. Le pouvoir du disposant de déterminer le lot de chacun de ses héritiers n'existe vraiment que si, d'une part, l'assignation de biens est libre, et si, d'autre part, la fixation de l'équivalent, par lequel le gratifié récompensera ses cohéritiers, dépend de son appréciation. Or le partage de la succession *ab intestat* constitue un mécanisme soigneusement réglé par la loi. Si le disposant se conforme aux prescriptions légales, l'avancement d'hoirie perd son utilité d'allotissement. Aussi nul ne conteste sa pleine liberté. Pourtant les règles que pose la législation des partages traduisent les principes fondamentaux du système successoral. L'avancement d'hoirie vient bouleverser ces principes. Il convient de prendre la mesure de l'ampleur du phénomène.

93. — La conséquence la plus apparente de l'intervention du disposant est la violation des principes de composition en nature des lots des cohéritiers. La règle de l'égalité en valeur des parts revenant à chacun ne devrait pas être affectée par l'avancement d'hoirie, mais il se révèle que le mode de détermination de la valeur rapportable du bien, qu'établit la loi, crée un déséquililbre entre le gratifié et ses cohéritiers; et que la liberté reconnue au disposant de fixer à forfait le montant du rapport est encore plus délétère. Lorsqu'il existe des héritiers réservataires,

l'intangibilité absolue des règles de la réserve confère aux manquements de l'avancement d'hoirie aux principes légaux d'attribution en nature et en valeur une résonance accrue.

Nous nous proposons d'examiner successivement les trois domaines dans lesquels se manifeste le caractère redoutable de l'efficacité de l'avancement d'hoirie:

CHAPITRE I: *L'avancement d'hoirie et la composition des lots de partage.*

CHAPITRE II: *L'avancement d'hoirie et l'égalité entre héritiers.*

CHAPITRE III: *L'avancement d'hoirie et les principes de la réserve.*

CHAPITRE PREMIER

L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET LA COMPOSITION DES LOTS DE PARTAGE

94. — L'avancement d'hoirie donne au disposant le moyen d'opérer entre ses héritiers des attributions de biens selon son inspiration. Le donateur ou testateur ne prend pas en considération la structure de l'ensemble de son patrimoine et les règles qui s'appliquent à sa répartition normale. Le plus souvent il n'a même pas une claire conscience du rôle de distribution que joue l'opération. D'ailleurs on ne saurait lui reprocher de ne pas tenir compte de la composition de son patrimoine pour faire ses avances, car celle-ci n'est définitivement fixée qu'au décès. Lorsque le rapport avait lieu en nature, les initiatives du *de cujus* se résorbaient par la remise des biens dans la masse; un partage régulier s'ensuivait. Désormais le rapport s'effectue en principe en valeur, et les attributions subsistent définitivement, constituant les lots des héritiers gratifiés. La fantaisie du disposant s'impose au partage.

Or les règles de composition des lots dans le partage sont strictement précisées par la loi. L'avancement d'hoirie entre en contradiction avec elles. Il convient de constater et de mesurer l'ampleur de cette contradiction, puis d'essayer de dégager les fondements de l'immunité que présente l'avancement d'hoirie lorsqu'il fait échec aux règles du partage.

SECTION I : *La contradiction entre l'avancement d'hoirie et les règles du partage.*

SECTION II : *Fondements du pouvoir exorbitant de l'avancement d'hoirie.*

Section I

LA CONTRADICTION ENTRE L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET LES RÈGLES DU PARTAGE

95. — Les règles de composition des lots dans le partage sont de deux types. Le principe de l'égalité en nature, de la parité des attributions, est traditionnel. Les prescriptions d'attribution préférentielle de certains biens à certains héritiers sont l'apport d'une législation plus récente. Les deux réglementations doivent être mises sur le même plan, car devant l'ampleur des dérogations apportées par la seconde à la première on ne sait plus aujourd'hui laquelle constitue le droit commun. Et toutes deux sont tenues en échec par l'avancement d'hoirie. Cependant les termes de l'opposition ne sont pas exactement les mêmes dans les deux cas.

§ 1. — L'inégalité en nature des attributions, contraire au principe de parité.

96. — Le rapport du bien qui fait l'objet de la disposition, en simple valeur et non en nature, confère à l'attribution un caractère définitif.

La disparité des avancements d'hoirie entre eux est irrémédiable. Elle résulte d'abord de l'éparpillement des libéralités dans le temps: chacune est faite sans prêter attention à l'autre. Elle résulte surtout de l'indépendance de chacune des dispositions par rapport à l'autre; les avancements d'hoirie, même s'ils sont faits en série, sont des opérations individualistes auxquelles ne sont directement intéressés que le disposant et le gratifié. Dans le partage d'ascendant, pour lequel se pose également un problème de parité[1], les inégalités ne sont pas aussi menaçantes, en fait, car l'opération est collective; les donataires copartagés peuvent exiger du donateur l'égalité des lots, et en cas de testament-partage le testateur a pleinement conscience de la corrélation des attributions qu'il décide.

La stabilité de l'avancement d'hoirie crée aussi une disparité entre le lot de son bénéficiaire et ceux que les cohéritiers peuvent obtenir dans le partage de la succession. L'égalité est limitée à ce qui reste à partager. La prescription de l'article 830 du Code Civil, aux termes de laquelle « *les prélèvements se font, autant que possible, en objets de même nature, qualité et bonté que les objets non rapportés en nature* », est d'un faible secours; car en pratique le prélèvement n'est pas usité, et d'autre part les circonstances sont rarement telles qu'une véritable égalité puisse être atteinte.

96[1]. *V.* Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant,* thèse Grenoble 1960, éd. Paris 1961, nº 114 et suivants.

En fait, il est de la nature même du rapport en moins prenant de déjouer la règle de partage; « L'objet des dispositions se transforme en objet de lot avant même que la règle de la parité ne puisse jouer », écrit fort justement M. PELLEGRIN[2].

97. — On n'a pas manqué de relever que la généralisation du rapport en moins prenant prend place dans un mouvement d'abandon du principe de l'égalité en nature dans le partage[1] au profit d'une simple équivalence, qui est marqué par les réformes de 1938 et confirmé depuis lors. Cette évolution se traduit par la suppression du droit des cohéritiers d'exiger le morcellement des immeubles et des exploitations (articles 832 al. 1 C.civ.), par le développement des attributions privilégiées (art. 832 al. 3 et suiv.), par la rédemption des partages d'ascendants viciés par une omission d'enfant, une lésion ou une atteinte à la réserve, au moyen de la fourniture de biens équivalents (art. 1077, 1078 al. 3, 1079 al. 2 C.civ.), par la réduction en valeur (art. 866 C.civ). Le contrôle des libéralités est désormais moins nécessaire; il est logique, dit-on, de laisser le père de famille faire seul les allotissements, sans lui imposer la révision, que constituait le rapport en nature, en vue d'assurer la conformité de l'opération à la règle du partage en nature. Bref, le principe de parité se serait estompé au point de supprimer la contradiction entre les attributions disparates faites par le moyen d'avancements d'hoirie et les règles du partage.

Cette idée est erronée. Le principe de l'égalité en nature des lots de partage est nettement posé par deux articles du Code Civil: les articles 826 et 832. L'article 832 a été modifié. On doit désormais éviter de morceler les héritages et de diviser les exploitations, quitte à refouler la parité des lots; mais l'alinéa 2 spécifie que, lorsque le morcellement peut être évité, on doit mettre dans chaque lot des biens de même nature; la modification apparaît donc comme une exception. Quant à l'article 826, il subsiste sans changement. Le principe est maintenu; le législateur s'est borné à y apporter une dérogation limitée à certains biens[2]. La règle traditionnelle joue dans tous les autres cas, pour les autres biens de la succession, et même pour les biens visés par la loi lorsqu'ils ne sont pas impartageables de façon évidente[3]. Remarquons d'ailleurs que l'avancement d'hoirie peut violer la disposition dérogatoire nouvelle en morcelant un immeuble ou une exploitation.

96[2]. PELLEGRIN. th. cit. 96[1], n° 120.

97[1]. FLOUR, note au D.C. 1944.J.109, II-C-3.

97[2]. VOIRIN, *L'inégalité en nature dans les donations-partages est-elle aujourd'hui sanctionnée?* J.C.P. 1951.1.899, n° 1.

Paris 10 déc. 1962, *De Noailles*, J.C.P. 1963.2.13160, obs. VOIRIN.

97[3]. Le principe de parité a été réaffirmé nettement à propos de la division des immeubles par étages dans le partage judiciaire: Civ. 19 jan. 1960 *S.C.I. Masson-Oursel*, D. 1960.J.477, S. 1960.1.290.

Les corollaires du principe d'égalité en nature subsistent aussi: tirage au sort (art. 834 C.civ) et licitation[4]. La mise à néant de l'avancement d'hoirie pourrait très bien ne pas avoir pour conséquence un morcellement désormais raréfié, mais simplement l'attribution du bien à un autre héritier par l'intervention légale du hasard, ou son adjudication suivie du partage égal du produit de la vente. Ces principes accessoires sont parties intégrantes de la règle d'égalité, ils donnent les mêmes chances à chacun. Le rapport en valeur a été généralisé autant dans le but de faire échec à ces corollaires que dans celui d'éviter le morcellement. Car ces règles annexes, si elles assurent l'égalité, compromettent, l'une la stabilité des attributions faites par le partage et la stabilité de la propriété, puisque l'attributaire mécontent du lot qui lui échoit par l'effet du hasard le vendra[5], et l'autre la conservation des biens dans la famille, puisqu'elle aboutit à la vente publique.

98. — L'avancement d'hoirie rapportable en valeur déroge donc véritablement à la règle fondamentale de l'égalité en nature dans le partage. Il constitue une exception, de même que l'attribution privilégiée ou la réduction en valeur[1]; mais, à la différence de celles-ci, c'est la volonté individuelle du *de cujus* qui en déclenche le jeu. Avant la réforme de 1938, cette violation du droit de chaque héritier à une part en nature était plus rare; mais elle existait déjà en cas de donation assortie d'une clause expresse de rapport en moins prenant[2] et, depuis la loi de 1898, pour tous les legs. Il était reconnu que le legs rapportable en valeur déjouait la règle des articles 826 et 832 du Code Civil[3].

99. — Pourtant la validité de l'avancement d'hoirie rapportable en valeur n'a jamais été discutée. Aucune décision de jurisprudence ne s'est souciée d'annuler un tel acte pour violation du principe de l'égalité

97[4]. Sur l'importance du tirage au sort dans la pratique et sur son caractère obligatoire dans le partage judiciaire, *v.* NOIREL, *Réflexions sur le tirage au sort dans le partage judiciaire*, Recueil Général des Lois et de la Jurisprudence et Répertoire Commaille 1959 doctr. pp. 69-76.

97[5]. DESBOIS, *Commentaire du décret-loi du* 17 *juin* 1938, D.P. 1938.4.362 *in initio*.

98[1]. VOIRIN, *Commentaire du décret-loi du* 17 *juin* 1938, *tendant à empêcher le morcellement excessif des propriétés par le jeu des partages*. Lois Nouvelles 1938.1.317, n° 18 p. 330.

98[2]. Il était une théorie qui eût écarté l'emprise de l'égalité en nature sur l'avancement d'hoirie, si elle avait été suivie. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, t. 15. 1878, n° 61, soutenait que la règle des articles 826 et 832 ne concerne que les partages judiciaires et non les partages par attribution. Or l'avancement d'hoirie est un partage partiel, par attribution, comme le partage d'ascendant. Cette affirmation constituait l'exagération d'un point de vue admis, qu'on formule dans les même termes: en un certain sens tous les partages par attribution échappent aux articles 826 et 832; mais c'est dans la mesure où dans le partage ordinaire non judiciaire l'accord des parties couvre le vice de disparité. LAURENT visait le partage par attribution de façon plus générale, même réalisé sans l'accord des attributaires, tel le partage d'ascendant testamentaire, ou l'avancement d'hoirie, pour l'établissement desquels les cohéritiers ne sont pas consultés.

98[3]. BEUDANT-Le BALLE, t. V bis, n° 872; Civ. 11 juill. 1883, *Biget - De Rigaud*, D. 1883.1.1844.

en nature, même lors de l'apparition des premières clauses de rapport en moins prenant au XIXe siècle. Et la doctrine ne s'intéresse guère à la question, alors que tous les auteurs reconnaissent en l'avancement d'hoirie un allotissement. Le seul frein, que la jurisprudence peut sembler apporter à la liberté de faire des avancements d'hoirie contraires à la parité des lots de héritiers, est celui, fort indirect, qui consiste à assimiler une série de legs en avancement d'hoirie rapportables en valeur à un partage d'ascendant, qu'elle soumet à l'égalité en nature, du moins s'il est antérieur à 1938; mais les hypothèses dans lesquelles une véritable assimilation des deux institutions est possible sont rares[1]. En tous cas l'avancement d'hoirie isolé n'est jamais mis en cause, et pourtant il porte les mêmes atteintes au principe.

Certes, parfois les attributions opérées par l'avancement d'hoirie contrairement à l'égalité en nature interviennent dans des circonstances donnant lieu à l'attribution préférentielle légale, qui couvre alors l'initiative du disposant. Mais le plus souvent l'avancement d'hoirie fait aussi échec à ces règles nouvelles.

§ 2. — La liberté des attributions, contraire aux règles préférentielles des partages.

100. — Le principe de parité est aujourd'hui fortement limité par le développement de toute une série de situations privilégiées, qui déterminent un règlement particulier du partage.

Dès 1909 une dérogation avait été apportée à la règle traditionnelle, en vue de faire un sort spécial aux biens de famille insaisissables; elle fût ensuite étendue aux « Habitations à Bon Marché », dénommées actuellement « Habitations à Loyer Modéré ». Le régime de ces deux catégories de biens a été unifié par une loi du 13 février 1937[1]. Le maintien de l'indivision successorale peut être demandé par le conjoint survivant ou les enfants mineurs du *de cujus;* le juge d'Instance doit satisfaire à leur requête. Ces mêmes personnes peuvent obtenir l'attribution intégrale du bien, la préférence étant donnée à celle qu'a désignée le défunt, puis à l'époux et enfin à l'héritier choisi par la majorité des indivisaires ou, à défaut d'accord, par le sort. Ce régime trouve fort rarement à s'appliquer et ne donne guère lieu à des décisions judiciaires.

Il n'en va pas de même des attributions préférentielles instaurées en 1938 et étendues en 1961. Les articles 832 alinéas 3 et suivants, 832-1 et 832-2 du Code Civil, tels qu'issus de la loi du 19 décembre 1961, prévoient que le conjoint survivant ou les héritiers ont la faculté de demander

---

99[1]. *V. infra* n° 212-252.

100[1]. *V.* HUSSEIN, *Le nouveau régime successoral sur les H.B.M., le bien de famille et l'exploitation rurale*, thèse Univ. Toulouse 1939; LEVASSEUR, Repertoire Civil Dalloz, 1952, V° *H.L.M.*, n° 54-56; PLANIOL et RIPERT, t. 4 par MAURY et VIALLETON, n° 494; RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 2805-2808 et n° 3090-3091.

l'attribution privilégiée de toute exploitation agricole, toute entreprise industrielle, commerciale ou artisanale, dépendant de la succession, dès lors qu'ils satisfont à certaines conditions. Le Tribunal de Grande Instance doit faire droit à leur requête si elle porte sur une petite exploitation agricole; dans les autres cas, il apprécie l'opportunité de l'attribution. L'article 815 alinéas 3 et suivants du Code Civil ouvre au Tribunal de Grande Instance la faculté de décider le maintien dans l'indivision de l'exploitation agricole, de la propriété du local d'habitation ou à usage professionnel et des objets mobiliers servant à l'exercice de la profession, au profit du conjoint, et des descendants mineurs.

101. — Or l'avancement d'hoirie peut faire obtacle à l'application de ces règles si soigneusement établies. Le disposant, qui n'est tenu au respect d'aucun principe, peut parfaitement avoir attribué le bien à un héritier qui ne remplissait pas les conditions légales requises pour en bénéficier plutôt qu'un de ses cohéritiers. Il peut aussi avoir morcelé un élément de son patrimoine, dont la loi souhaitait le maintien de l'unité[1]. Le rapport en valeur rend l'opération irréversible[2].

102. — Jamais on ne met en doute la validité de ces avancements d'hoirie. La doctrine[1] approuve la jurisprudence, qui depuis longtemps ne discute plus la légitimité des libéralités faites en contradiction des règles préférentielles de partage[2]. La loi du 19 décembre 1961 n'a rien changé aux données du problème[3], et les décisions rendues sous l'empire

---

101[1]. Il est vrai que depuis une loi du 28 octobre 1955, dont les dispositions ont été reprises par le texte de 1961, si ce morcellement se limite à l'attribution d'une partie d'un bien à un héritier, il n'empêche plus l'attribution préférentielle légale d'intervenir au profit du gratifié, rétablissant l'unité de l'exploitation. La jurisprudence antérieure était en sens contraire.

101[2]. Il est, semble-t-il, un cas où, quoique le rapport en valeur ne remette pas le bien dans la masse successorale, l'avancement d'hoirie n'entrave pas le jeu de l'attribution préférentielle. Lorsque le *de cujus* a fait l'avancement d'hoirie conjointement à tous ses héritiers, de sorte que le bien susceptible d'attribution est indivis entre eux, l'attribution préférentielle peut, à notre sens, jouer. L'indivision a son origine dans une libéralité et non dans la succession, ce qui exclut en principe l'attribution préférentielle, réservée aux indivisions héréditaires. Mais au décès il se produit une inversion du titre des gratifiés en avancement d'hoirie (*supra* n° 84-88): ils ne sont plus gratifiés, mais seulement héritiers. L'indivision existe entre héritiers! *V.* Civ. 9 mars 1965, *Lautescher*, G.P. 1965.2.8, J.C.P. 1965.2.14245 obs. G.C.M., R.T.C. 1965.683 et 836 obs. Savatier.

102[1]. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 535 bis, p. 745; Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 624 bis-2°.

102[2]. Les tribunaux ont eu essentiellement à se prononcer sur des cas de préciput ou de partage d'ascendant; mais ils l'ont fait en des termes tels qu'aucune distinction avec l'avancement d'hoirie n'est possible. *V.* les arrêts cités *infra* 105[4-6-10]. Et jamais les commentateurs n'ont suggéré un traitement différent pour l'avancement d'hoirie.

102[3]. Patarin, *La loi du* 19 *déc.* 1961, *tendant à éviter le morcellement des biens dans les partages de succession et de communauté*, R.G.N. 1962 art. 28179, p. 75.

de la législation de 1938 conservent toute leur autorité[4]; cette loi s'est bornée à élargir le champ du conflit en créant de nouveaux cas d'attribution privilégiée.

L'admission des fantaisies, que permet l'avancement d'hoirie, demande à être expliquée, car nous nous trouvons ici en présence d'un véritable conflit; l'attribution faite par le disposant est en contradiction directe avec l'attribution que prescrit la loi. Il ne saurait s'agir d'une tolérance, comme on pourrait en concevoir une pour rendre compte des manquements à la règle de la parité. Effectivement le problème a fait l'objet d'un examen sensiblement plus approfondi à propos de la violation des règles de l'attribution préférentielle qu'à propos de celle du principe de l'égalité en nature. Mais cette étude est valable pour les deux problèmes, et, de façon plus générale, elle éclaire le fondement de l'efficacité de l'avancement d'hoirie dans le partage.

Section II

FONDEMENT DU POUVOIR EXORBITANT DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE

103. — La jurisprudence a d'abord montré quelque hésitation dans son explication de l'admission des libéralités faites en contradiction des règles d'attribution préférentielle[1]; elle a même parfois refusé de reconnaître leur validité[2]. Puis elle s'est arrêtée à un raisonnement fort net, rigoureusement technique, qui avait déjà été suggéré à l'appui de la mise en échec du principe classique de l'égalité en nature par les libéralités: celles-ci ne peuvent pas techniquement entrer en conflit avec les règles du partage. Mais cette explication se révèle inefficace en ce qui concerne l'avancement d'hoirie. La recherche du fondement doit la dépasser et approfondir directement le problème.

102[4]. Travaux préparatoires, déclaration de Me Collette, rapporteur de la Commission de la Production et des Echanges à l'Assemblée Nationale, J.O., Débats Parlementaires, 18 octobre 1961, p. 2598.

103[1]. Trib. Civ. Largentière 10 oct. 1950, *Bonhomme*, J.C.P. 1950.2.5900, obs. du juge Grenier. Le jugement s'autorise à la fois de l'inapplicabilité de l'art. 832 al. 1er C.civ., relatif à l'égalité traditionnelle, au testament-partage, qui était critiqué en l'occurrence, de l'indépendance des principes du partage et des questions de libéralités, et de la suprématie de la dévolution volontaire sur la dévolution légale. Remarquons que la non application de l'art. 832 al. 1er ne saurait servir d'argument; une tolérance d'inégalité en nature ne peut avoir qu'un caractère restrictif. D'autre part la non application du principe de parité des lots au partage d'ascendant tient essentiellement à un obstacle technique: l'inefficacité de l'annulation, à cause du maintien des attributions du partage d'ascendant nul comme partage en qualité d'avancements d'hoirie (Voirin, *op. cit.* 97[2]); et ce raisonnement semble bien ramener la question au problème de la validité des avancements d'hoirie faits en violation de l'art. 832 (Pellegrin, th. cit. 96[1], n° 128), que nous allons examiner.

103[2]. Trib. civ. Charolles 9 juill. 1942, *Boffet*, J.C.P. 1943.2.2197, obs. de Juglart.

§ 1. — La thèse de l'impossibilité technique d'un conflit.

104. — Le système classique est fort logiquement établi, mais les particularités de l'avancement d'hoirie le rendent inapplicable à ce type de libéralité.

A. — Le raisonnement classique:

L'analyse technique sur laquelle il repose aboutit à un principe rigoureux, l'impossibilité du conflit, et à sa réciproque, l'inefficacité de la volonté du disposant en cas de conflit.

105. — La thèse part d'une constatation d'évidence: en faisant sa libéralité, le donateur ou testateur règle la dévolution du bien; or les principes de la parité et de l'attribution préférentielle constituent des règles de partage[1]. Comment pourraient-ils restreindre sa liberté? L'ordre de la loi et l'initiative du disposant œuvrent sur des plans différents. C'est ainsi que dès 1895 Lambert justifiait la pleine liberté du disposant de consentir des legs disparates à ses héritiers présomptifs: il n'opère pas un partage, il fait des libéralités; il n'a pas à craindre l'intervention des règles du partage, il est sous l'empire des seules règles des libéralités[2]. Le retentissement de son acte sur la distribution des lots entre héritiers est une conséquence indirecte, qu'on ne peut lui reprocher. La jurisprudence et la doctrine modernes ont retrouvé ce raisonnement à propos de la mise en échec des règles de l'attribution préférentielle, qui constitue une modalité du partage, au même titre que la composition égalitaire des lots. Si par son opération de dévolution le disposant a fait sortir le bien de son patrimoine, ce bien échappe à l'indivision[3], il ne figure plus dans la masse successorale au moment où se posent les questions de répartition que règle l'article 832 du Code Civil[4]. Le rapport en valeur de l'avancement d'hoirie soustrait le bien donné à toute remise — si ce n'est d'ordre purement comptable — dans la succession; il est aussi efficace que le préciput ou le partage d'ascendant. Aucun des successeurs

---

105[1]. La qualification de *règles de partage* est confirmée par la loi du 19 déc. 1961, qui emploie les termes de *récompense* et de *soulte* à propos de la compensation que déclenche l'attribution préférentielle. De plus elle décide l'application en la matière de la législation en vigueur au jour du partage; c'est insister sur l'aspect *modalité de partage* de l'attribution préférentielle.

105[2]. Lambert, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, 1895, n° 860 et n° 825.

105[3]. De même que s'il avait été vendu.

105[4]. Req. 28 juill. 1947, *Bert-Cuillet*, D. 1947.J.475. J.C.P. 1947.2.3908, G.P. 1947.2.219, S. 1948.1.7, obs. Savatier R.T.C. 1948.88; Grenoble 19 mars 1947, *Vivarat Perrin*, D. 1947.J.420, S. 1947.2.118, G.P. 1947.1.210; Civ. 18 déc. 1950. *Jacquet*, J.C.P. 1951.2.6056 obs. Savatier, D. 1951.J.37 note Lenoan, S. 1951.1.167, Carbonnier, note au D. 1945.J.171, sous Chambéry 26 oct. 1943, *Perrier*.

ne présente plus alors la qualité de copropriétaire indivis du bien, qui est indispensable à l'application des articles 815 et 832 du Code Civil. Le bien échappe à l'emprise de ces règles[5].

Mais si inversement la libéralité a laissé le bien indivis, ce qui est le cas du legs d'une quotité de la succession, ou de l'institution contractuelle qui augmente la part de l'un des enfants, actes purement transmissifs et nullement attributifs, les règles légales peuvent jouer[6]. Les avancements d'hoirie portant sur des quotités ne sont d'ailleurs guère concevables, car ils seraient à peu près inutiles[7-8].

Avec cette théorie la mise en échec, de fait et non de droit, des intentions qu'a manifestées le législateur en précisant les règles des partages est inévitable. Car le futur *de cujus* dispose de toute latitude pour régler la dévolution de ses biens, à l'exception de la réserve[9]. En effet on admet classiquement qu'en droit français les règles légales ne s'appliquent qu'à défaut de dispositions volontaires, la dévolution légale étant subsidiaire à la dévolution volontaire. La dévolution légale est une sorte de testament présumé du *de cujus;* par conséquent, si celui-ci a pris lui-même des initiatives, il faut les respecter[10]. Ou, si l'on n'admet pas la prééminence de la dévolution testamentaire, on reconnaît du moins la liberté de disposer du propriétaire des biens[11].

105[5]. Patarin, art. cit. 102[3], R.G.N. 1962 p. 75; Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 535 bis p. 745.

105[6]. Civ. 12 nov. 1945, *Brau-Rousse*, J.C.P. 1946.2.2937 obs. Voirin point II, D. 1946.J.221 note P.L-P., S. 1947.1.151; Trib. civ. Albi 2 juill. 1958, *Bibal*, G.P. 1958. 2.335; Civ. 29 avr. 1965, *Douaillat-Deltour*, D.S. 1965.J.600; Savatier, *L'attribution préf. d'une exploitation agricole dans un partage*, R.G.N. 1946 art. 26371 n° 8 *in fine*.

105[7]. Sauf pour diminuer la quotité disponible au détriment des gratifiés postérieurs, grâce à une imputation débordant sur celle-ci, manœuvre subtile, tortueuse et hasardeuse...

105[8]. On pourrait être tenté d'ajouter que les avancements d'hoirie de quotités, du moins faits par donations, créent une indivision de source contractuelle et non plus successorale, et que l'attribution préférentielle ne joue que dans les indivisions successorales. Mais ce serait oublier le titre légal d'acquisition des donataires en avancement d'hoirie. *V. supra* 85[1].

105[9]. Cette restriction fait que Lambert, *op. et loc. cit.* 105[2], axe son étude sur les préciputs, qui, s'imputant sur la quotité disponible, échappent en principe à cette limitation. De même M. Batiffol, note au S. 1934.1.121, n'examine la contradiction apportée par les libéralités à l'égalité en nature que dans la mesure où elles s'imputent sur la réserve; il ne s'intéresse à l'avancement d'hoirie que parce qu'il estime que le rapport sert aussi à la réduction dans la mesure de la part réservée du gratifié.

105[10]. Chambéry 26 oct. 1943, *Perrier*, J.C.P. 1944.2.2572, obs. Voirin, D. 1945.J.171, note Carbonnier, G.P. 1943.2.247, note anonyme, et obs. Savatier R.T. C.1944.49; Trib. civ. Largentière précité 103[1]; De Juglart, obs. au J.C.P. 1943.2.2197-I, sous Trib. civ. Charolles 9 juill. 1942, *Boffet*.

105[11]. Carbonnier, note précitée 105[10].

106. — Par contre, pour les tenants du système, la volonté du *de cujus* est inefficace contre les règles légales du partage, lorsqu'elle se heurte véritablement à celles-ci, lorsque les circonstances de son expression sont telles qu'il y a conflit.

Un certain nombre de décisions de jurisprudence ont admis que le *de cujus* peut, sans régler la transmission de ses biens, en décider la répartition contrairement aux prescriptions de l'article 832 du Code Civil. Il aurait la possibilité d'ouvrir une faculté d'élection à ses légataires à titre universel, légataires de quotités[1]. Il pourrait aussi interdire l'intervention de l'attribution préférentielle dans le partage de sa succession, en stipulant un apportionnement paritaire[2].

Ces décisions ont été très critiquées[3]. La liberté testamentaire ne concerne que la dévolution, la transmission des biens. Il n'est pas de son ressort d'intervenir à propos de clauses purement relatives au partage, telles celles que les tribunaux ont admis. Dans les espèces que ceux-ci ont appréciées, la succession était laissée *ab intestat*, ou la dévolution était l'œuvre d'un legs universel; aucune répartition n'était inhérente à la transmission des biens, qui eût pu la faire bénéficier de sa validité. Un legs particulier, une institution contractuelle particulière, eussent été justifiés; leur assimiler une clause purement répartitive est une erreur[4].

Et il n'est nullement évident que la volonté du défunt, souveraine en matière de transmission, le soit aussi en matière de répartition. D'abord on doute qu'il puisse régler lui-même le partage de sa succession; le seul cas où la loi l'y autorise directement est celui du partage d'ascendant[5]. Ensuite, à supposer qu'il puisse effectuer la répartition, est-il libre de former les lots comme il l'entend? Rien ne le dit; les règles du partage ne sont pas hors de cause. Au contraire les dispositions légales

---

106[1]. Trib. civ. Orthez 6 juill. 1942, *Tredjeu*, G.P. 1942.2.158; Chambéry 26 oct. 1943, *Perrier*, précité 105[10].

106[2]. Rennes 19 oct. 1948, *Caradec*, D. 1949.J.98; Civ. 3 fév. 1959, *Hélie*, G.P. 1959.1.178; Civ. 30 oct. 1962, *Arrossagaray*, G.P. 1962.2.327.

106[3]. Voirin, obs. au J.C.P. 1944.2.2572, sous Chambéry 26 oct. 1943, *Perrier*; Carbonnier, note au D. 1945.J.171, sous le même arrêt; Précigout, *Le régime général de l'attribution préférentielle*, J.C.P.N. 1965.1.1914, n° 23; Depierrois, *Le legs à titre universel contenant attribution d'immeubles à certains légataires*, R.G.N. 1956 art. 27470; *secus:* J. Becqué, obs. au J.C.P. 1946.2.3129, sous Dijon 29 janv. 1946, *Boffet*.

106[4]. Soutenue p. ex. par De Juglart, obs. au J.C.P. 1943.2.2197, sous Trib. civ. Charolles 9 juill. 1942, *Boffet*.

En ce qui concerne le legs universel avec faculté d'élection, les tribunaux sont aisément abusés par la ressemblance de cette disposition avec le legs particulier d'une valeur monétaire à prélever dans la succession sous forme de biens à choisir; et ils admettent généralement la clause, pourvu qu'elle ne porte que sur la quotité disponible. Cf. Req. 29 juill. 1890, *Bigot*, S. 1891.1.5 note Labbé, D. 1891.1.28; Req. 17 avr . 1907, *Laporte*, S. 1913.1.203; Req. 16 janv. 1912, *Depaul*, D. 1912.1.501; Angers 22 oct. 1943, *Guérif*, J.C.P. 1942.2.2466; Civ. 18 janv. 1961, *Aurengo*, Bull. Cass. Civ. 1961.1.40; et les arrêts précités 106[1].

106[5]. Voirin, *loc. cit.* 106[3].

peuvent revêtir une vigueur particulière, tel l'article 815 du Code Civil, qui prévoit des cas où l'indivision pourra être imposée nonobstant l'opposition d'un copropriétaire[6].

Si les atteintes aux règles du partage sont possibles lorsqu'elles sont indirectes et ne sont que la conséquence d'une opération de transmission du bien, qui est permise, elles se heurtent à un obstacle insurmontable dès qu'elles sont directes et que le *de cujus* prétend procéder à une simple répartition de ses biens.

B. — Insuffisance du raisonnement pour l'avancement d'hoirie:

En présence d'un raisonnement aussi précis, on peut se demander si le fondement, qu'il fournit de la validité des libéralités tenant en échec les règles légales du partage, s'applique avec pertinence à l'avancement d'hoirie. Car ce type de disposition présente deux particularités, qui le distinguent de la plupart des autres libéralités.

107. — L'avancement d'hoirie s'impute sur la part de réserve qui revient au gratifié dans la succession. Or la réserve est soustraite à la liberté de dévolution, qui justifie la liberté d'attribution. La réserve est une portion de la succession dévolue *ab intestat*, et par conséquent nécessairement soumise aux règles du partage de la succession *ab intestat*. Le fondement ne vaudrait donc que pour les libéralités préciputaires, s'imputant sur la quotité disponible[1]. Et effectivement nombre d'arrêts, qui autorisent des libéralités tenant en échec les principes du partage, soulignent l'imputation de ces dispositions sur la masse disponible.

Toutefois il convient de ne pas exagérer l'importance de la difficulté. Car le problème du respect des règles de la réserve par l'avancement d'hoirie reçoit des solutions libérales[2]. Et d'autre part tous les avancements d'hoirie ne sont pas adressés à des héritiers réservataires, de sorte que la portée de la critique n'est pas générale. Il en va autrement de l'obstacle qui résulte de la vocation *ab intestat* des gratifiés.

108. — Nous avons relevé que l'avancement d'hoirie laisse subsister le titre d'acquisition légal de l'héritier gratifié[1]. Il s'opère une inversion, l'appel volontaire s'effaçant devant l'appel légal. Dès lors l'acte opère une pure répartition, portant sur une succession restée *ab intestat*,

---

106[6]. Carbonnier, *loc. cit.* 106[3].
107[1]. Pellegrin, th. cit. 96[1], n° 131.
107[2]. *Infra* n° 182-197.
108[1]. *Supra* n° 84-88.

donc soumise à priori aux règles du partage légal. La reconnaissance de sa validité se heurte aux objections que la doctrine oppose aux clauses d'attribution ou d'élection[2].

Dans le cas de l'avancement d'hoirie entre vifs, l'obstacle peut sans doute être surmonté. On se rappelle en effet que le titre d'acquisition volontaire a existé jusqu'à l'ouverture de la succession; le titre légal n'est que son successeur. On peut donc rattacher la liberté de répartition à la liberté de dévolution, qui a été mise en œuvre. L'atteinte aux règles du partage est la conséquence indirecte de l'opération de transmission de la propriété du bien[3]. Il en va de même en matière de donation-partage, opération dévolutive avant d'être répartitive; et c'est sur ce fondement que la jurisprudence valide les partages anticipés qui sont contraires aux prescriptions de l'article 832 du Code Civil[4].

Mais dans le cas de l'avancement d'hoirie testamentaire, la vocation du légataire ne présente jamais le caractère volontaire. Seul le titre légal intervient[5]. Le legs en avancement d'hoirie, véritable assignation de part, est essentiellement répartitif. On peut admettre sans réticence que ce legs remplisse un rôle de répartition, qui ne soit pas l'accessoire d'une dévolution, puisque telle est la fonction que lui défère la loi. De même le testament-partage ne contient qu'un apportionnement des descendants, la succession étant transmise par la seule vertu de la loi. Mais doit-on valider une répartition faite en dehors des règles du partage des successions *ab intestat?* Des deux obstacles qui s'opposent à l'admission des clauses d'attribution ou d'élection[6], seul l'un est levé. L'autre s'oppose à l'initiative du disposant en matière d'avancement d'hoirie comme de partage d'ascendant opérés par voie testamentaire.

L'explication classique ne rend compte que de la liberté des préciputs, des donations-partages et des donations en avancement d'hoirie. Elle se révèle insuffisante. Car le conflit, qu'elle croyait pouvoir nier, existe, dans le cas du legs à tout le moins; et dans le cas de la donation une solution moins détournée ne saurait nuire; au contraire, l'avancement d'hoirie est une institution unique, qu'elle intervienne par testament ou par donation entre vifs. Il importe donc de s'attacher à la recherche directe d'un principe de justification.

108[2]. La critique ne porte pas contre la position de LAMBERT, *loc. cit.* 105[2], qui admet le parallèlisme des deux vocations. Mais nous avons démontré que l'une exclut l'autre (*supra* n° 86).

108[3]. Cpr. PELLEGRIN, th. cit. 96[1], n° 132 *in fine*.

108[4]. M. le Doyen VOIRIN, *op. cit.* 97[2], suggère un autre fondement: si l'on annulait la donation-partage pour atteinte aux principes de la composition des lots de partage, elle se convertirait en une série d'avancements d'hoirie, qui laisseraient subsister les attributions critiquées. Ce raisonnement est exact, mais il renvoie au problème de la validité des avancements d'hoirie, dont la solution est directement applicable au partage d'ascendant.

108[5]. Pour l'intégralité du legs, et pas seulement pour la partie qui s'impute sur la réserve, comme semble le considérer M. PELLEGRIN, th. cit. 96[1], n° 133.

108[6]. *Supra* n° 106.

§ 2. — Recherche directe d'un principe de justification.

109. — L'avancement d'hoirie pose un véritable problème de répartition. La méfiance que nous avons relevée à l'encontre de la liberté du disposant en ce domaine, peut-elle être levée? Il le semble, puisque nul ne conteste la validité des avancements d'hoirie dérogatoires aux règles légales du partage. Il ne s'agit que de donner une explication satisfaisante à cette admission.

Certains auteurs ont proposé des raisonnements indirects faisant appel à la validité d'autres opérations; c'est ce que nous appellerons les raisonnements par médiation. D'autres ont examiné le caractère des règles légales du partage. Chacune de ces tentatives apparaît vaine. Une troisième explication s'impose, celle d'un arbitraire législatif motivé.

A. — Les raisonnements par médiation:

110. — Il est tentant de couvrir le pouvoir exorbitant de l'avancement d'hoirie de l'autorité d'une institution mieux connue et dont l'efficacité est incontestée.

Cette institution, qui sert d'intermédiaire, est le « legs d'attribution » pour M. Pellegrin[1]. Ce legs préciputaire, adressé à un héritier réservataire, déborde de la quotité disponible sur la part réservée au gratifié, et dans cette mesure n'avantage pas son bénéficiaire, mais se borne à lui assigner un bien dans la succession[2]. Sa validité ne semble pas pouvoir être contestée, car il est préciputaire et, comme tel, essentiellement dévolutif. Or l'avancement d'hoirie ne fonctionne pas autrement que ce legs, car les mécanismes de l'imputation et du rapport en moins prenant sont semblables. Comment admettre l'un et pas l'autre?

On peut objecter à ce raisonnement par analogie que les legs d'attribution posent exactement le même problème que l'avancement d'hoirie, si l'on se rallie à l'opinion justifiée de leur promoteur, M. Vialleton, qui y voit subsister la vocation *ab intestat* des gratifiés[3]. L'obstacle aux initiatives du disposant se présente moins franchement, mais il existe.

M. le Doyen Savatier est partisan d'un raisonnement *a fortiori*[4]. Grâce à sa liberté de dévolution et d'exhérédataion, expose cet auteur, le disposant peut diminuer la part que recueillera son héritier dans la succession, il peut notamment en exclure tel bien, à la limite il peut le

---

110[1]. Pellegrin, th. cit. 96[1], n° 133 *in fine*.

110[2]. *V. supra* n° 79.

110[3]. Vialleton, *Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve*, R.T.C. 1940-41, pp. 22-28.

110[4]. Savatier, obs. R.T.C. 1944 p. 49 sur Chambéry 26 oct. 1943 *Perrier* et 1947 p. 451 sur Dijon 29 janv. 1946 *Boffet*, et art. cit. 105[5], R.G.N. 1946 art. 26371 n° 8.

réduire à sa réserve. *A fortiori* peut-il se contenter, sans porter atteinte à sa part virile, de composer à sa guise cette part, ce qui est beaucoup moins grave.

Cette thèse pêche par la confusion qu'elle opère entre les deux problèmes de la liberté de dévolution et de la liberté de répartition, dont la distinction est incontestable. Le raisonnement *a fortiori* ne doit être admis qu'à l'intérieur d'une matière unique.

C'est également sur la confusion des deux problèmes que repose la théorie[5], qui soutient que, puisque le *de cujus* peut éluder l'application de l'article 832 du Code Civil en disposant du bien, il n'y a aucune raison de lui refuser le pouvoir d'en interdire l'intervention par une simple clause de répartition.

Ce genre d'écueils se trouve évité si l'on aborde le problème directement, ainsi que le font les auteurs qui s'attachent à rechercher si les règles légales du partage présentent un caractère impératif qui en impose l'application.

B. — L'appel au caractère impératif des règles du partage:

111. — Si les règles légales de répartition de la succession sont de nature impérative, le disposant ne doit pas pouvoir les violer en conférant à ses héritiers des avancements d'hoirie qui opèrent un allotissement irrégulier; sinon, ses initiatives n'ont rien d'illégitime. Le principe de solution paraît simple. Mais la recherche du caractère des règles du partage n'est pas aisée. Il convient de distinguer les principes traditionnels, assez bien connus, et les règles préférentielles modernes, sur le compte desquelles il existe des discussions assez vives.

1) *Les principes traditionnels du partage:*

112. — La règle du partage forcé, qu'édicte l'article 815 du Code Civil, semble bien être impérative.

Certes, il est à peu près certain aujourd'hui que le testateur dispose du pouvoir d'imposer le maintien de l'indivision pendant une durée de cinq années. Car l'alinéa 2 de l'article 815 autorise les héritiers à convenir de suspendre le partage pendant ce laps de temps. Or la Cour de Cassation considère que le *de cujus* possède le droit « de régler par ses dispositions

---

110[5]. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 535 bis p. 746; Breton, Rep. Civ. Dalloz, 1955, V° *Succession*, n° 1719.

testamentaires ce qui dépend de l'accord amiable de ses héritiers et d'imposer à ceux-ci ce qui ne saurait être considéré que comme une simple modalité du partage »[1].

Mais la dérogation est strictement limitée: la prohibition de l'action en partage ne peut avoir d'effets au delà de cinq ans. Aussi peut-on considérer qu'elle correspond à une règle impérative. Sinon la stipulation serait autorisée sans limite.

La reconnaissance du caractère impératif de l'alinéa 1er de l'article 815 du Code Civil n'a pas d'importance directe pour la validité de l'avancement d'hoirie, mais elle peut avoir une influence sur la force contraignante des alinéas de cet article qui risquent de s'opposer aux initiatives du disposant.

113. — Le principe de l'égalité en nature est directement contraire à la liberté de l'avancement d'hoirie. Or on trouve souvent affirmé en jurisprudence que la règle des articles 826 et 832 du Code Civil n'est pas d'ordre public. En conséquence il est admis que le disposant prive ses héritiers du bénéfice du partage en nature, en prescrivant la licitation de ses biens, sauf à respecter la quotité réservée[1]; toutefois une position de cet ordre n'est pas topique, car la licitation est encore une forme de l'égalité en nature[2]. Surtout, il est reconnu que le donateur ou testateur peut assortir une disposition contraire à la parité des apportionnements d'une clause pénale, privant de tout droit à la quotité disponible l'héritier qui soulève le vice d'inégalité. Ainsi en a-t-il été décidé à propos d'une stipulation de rapport en valeur d'avancement d'hoirie, dont le montant

---

112[1]. Civ. 29 déc. 1953, *Berdeaux*, J.C.P. 1954.2.7919, obs. Blin, D. 1954.J.327, R.G.N. 1954 art. 27244, note Patarin.

Sans doute cet arrêt a-t-il été rendu à propos d'une question différente de celle qui nous intéresse. Il s'agissait de la fixation des modalités de payement de la récompense prévue par l'article 866 C.civ.: le testateur avait accordé des délais, en se tenant dans la limite légale de 10 années édictées par l'article 866 pour le cas d'accord entre les héritiers. Mais la formule employée par la Cour suprême est particulièrement nette et générale, ainsi que le confirment les observations du conseiller rapporteur Blin (point III) précitées. Aussi le doute n'est-il plus permis (cf. Voirin, obs. au J.C.P. 1963.2.13201-I et 1964.2.13814-I).

Par conséquent la classique discussion, que permettait le mutisme de la Cour de Cassation (cf. Req. 25 nov. 1940, *Dousinelle*, D.H. 1940.209, G.P. 1941.1.17) est dépassée. Les arguments présentés sont d'ailleurs fort minces. Contre la prohibition de partager, on invoque l'opposition de la 1ere phrase de l'alinéa 1 de l'article 815, qui confère aux cohéritiers le droit de demander le partage *nonobstant prohibitions et conventions contraires*, et de la 2e phrase, qui n'autorise que les conventions... (Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 492). En faveur de la stipulation, on se réfère à la tradition (Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2804; Patarin, *La loi du 19 déc.* 1961..., R.G.N. 1962. art. 28169 p. 42). Cette dernière théorie limite l'effet de la clause à la quotité disponible; cela n'est plus admissible après la décision de 1953, que le rôle de la récompense de l'article 866 dans la fourniture de leur réserve aux cohéritiers de l'héritier gratifié n'a pas arrêté.

113[1]. Civ. 15 février 1870, *Beaucourt*, D. 1870.1.182.

113[2]. *Supra* n° 97.

avait été fixé à forfait[3]. Dans les partages d'ascendants, puisque l'article 832 n'est pas d'ordre public, les arrêts reconnaissent la validité de la clause pénale établie pour dissuader les héritiers copartagés de critiquer la disparité des lots[4]. S'appuyant sur cette même absence de caractère d'ordre public des dispositions des articles 826 et 832, la Cour de Cassation finit par soustraire pratiquement le partage d'ascendant à leur emprise: « l'ascendant donateur peut, suivant les circonstances, ne pas s'astreindre à une rigoureuse égalité »[5].

Mais un examen attentif de cette jurisprudence nous éclaire sur la portée exacte de l'affirmation que la règle de parité n'est pas d'ordre public. Les prescriptions, dont le disposant peut freiner le jeu par la clause pénale, sont sanctionnées par la nullité. Tel était le cas de l'égalité en nature dans le partage d'ascendant, à l'époque où l'on admit la validité de ces clauses[4]. On aurait donc tort de douter du caractère impératif de ces règles. La Cour de Cassation semble bien connaître ce type de règles impératives, qu'un stipulant peut tenir en échec indirectement. Elle établit une distinction classique entre les clauses pénales nulles, parce que tendant à faire échec à des prescriptions d'ordre public, et les clauses pénales valables, parce qu'elles ne freinent que des actions en nullité d'intérêt privé, qui correspondent à des règles impératives, mais non d'ordre public[6]. Quant à l'admission directe des disparités dans le partage d'ascendant, elle n'existe pas en droit; il ne s'agit que d'un assouplissement. La formule employée par la Cour de Cassation ne laisse pas de doutes: le principe reste l'égalité en nature, mais il est assorti de larges exceptions. Sans être d'ordre public, le principe de l'égalité en nature est impératif. Et l'avancement d'hoirie rapportable en simple valeur constitue une dérogation très réelle à ce caractère impératif[7].

2) *Les règles préférentielles:*

114. — Les dispositions récentes de la loi, qui créent des situations privilégiées, dont l'issue est l'attribution de certains biens à certains héritiers ou le maintien de l'indivision successorale, sont-elles d'ordre public? ou, tout au moins — puisque le caractère d'ordre public n'est

---

113[3]. Civ. 11 juill. 1883, *Biget - De Rigaud*, D. 1883.1.444.

113[4]. Req. 27 nov. 1867, *Vallée*, S. 1868.1.65; Req. 26 juin 1882, *Gentis*, D. 1883.1.70.

113[5]. Req. 23 nov. 1898, *D'Uston de Villereglou*, S. 1899.1.94, D. 1899.1.38; Req. 8. fév. 1933, *Bavard*, S. 1933.1.132; Civ. 28 mai 1951, *Delacroix*, J.C.P. 1951.2.6386.

113[6]. Distinction exprimée par les arrêts précités 113[3-4-5], et par Req. 25 fév. 1925, *Legros*, D.P. 1925.1.185, note Savatier; *v.* Ponsard, note au D. 1947.J.363-II B.

113[7]. Batiffol, note au S. 1934.1.121 *in fine*.

pas indispensable à une application obligatoire — sont-elles impératives[1] ? Les stipulations contraires[2] doivent-elles, par conséquent, êtres anctionnées par la nullité ?

115. — *a*) La première démarche consiste à *examiner le texte de la loi*. Elle se révèle infructueuse. Si l'on peut relever dans les prescriptions de la loi du 19 décembre 1961, comme dans celles du décret-loi du 17 juin 1938, l'emploi de termes absolus[1], il s'agit là d'un indice trop superficiel pour être pris en considération. On a aussi suggéré que le fait que les alinéas 3 et suivants de l'article 815 du Code Civil dérogent à un principe qu'on tient pour impératif, celui du partage forcé, indiquerait que ces dispositions et toute la loi dont elles sont issues sont impératives[2]. Mais on peut douter qu'une clause, qui prescrit le retour à un principe impératif entamé par une exception, puisse être prohibée.

Il se dégage néanmoins du simple examen du texte que les règles légales ne sauraient être interprétatives de la volonté du *de cujus*. Il a été soutenu que l'attribution préférentielle repose sur une présomption de la volonté du défunt, et que par conséquent l'avancement d'hoirie, expression directe de cette volonté, peut tenir en échec la loi[3]. C'est là une fiction abusive. En outre cette thèse est incompatible avec le système d'application de la loi dans le temps[4]. Certes sous l'empire du décret-loi de 1938 la jurisprudence appliquait la loi en vigueur au jour de l'ouverture de la succession, qui était la seule que le *de cujus* ait connue et pu vouloir[5]. Mais la doctrine contestait cette solution[6], fondée en droit sur une extension considérable de l'effet déclaratif du partage, et justifiée en

---

114[1]. La distinction entre caractère d'ordre public et caractère impératif est appliquée à la règle de l'attribution préférentielle par un arrêt de la Cour de Dijon du 29 janv. 1946, *Boffet*, J.C.P. 1946.2.3129 obs. J. Becque, D. 1947.J.363 note Ponsard, pour valider la clause pénale d'un testament-partage qui éludait l'application de l'art. 832 al. 3 C.civ.

114[2]. C'est-à-dire les dispositions purement répartitives: le legs en avancement d'hoirie en ce qui nous concerne, en d'autres domaines le testament-partage et les clauses d'élection dans les successions dévolues indivisément. Les actes dans lesquels la répartition n'est que l'accessoire de la dévolution sont hors de cause, ainsi que nous l'avons déjà exposé. Les partisans du caractère d'ordre public des règles préférentielles ne songent pas à les critiquer; cf. Carbonnier, note au D. 1945.J.171, sous Chambéry 26 oct. 1943, *Perrier*, et l'annotateur anonyme de cet arrêt à la G.P. 1943.2.247.

115[1]. Art. 815 al. 3: *...L'indivision de toute exploitation agricole constituant une unité... peut être maintenue... à la demande des personnes visées...* Art. 832 al. 3: *Le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle...* Indice relevé par la note anonyme citée 114[2] in fine.

115[2]. Note anonyme à la G.P. 1943; citée 114[2].

115[3]. Donnier, *Quelques incidences de la législation de* 1938 *sur le rapport des libéralités*, thèse Montpellier 1952, p. 50.

115[4]. Cf. J. Becque, obs. au J.C.P. 1946.2.3129-II.

115[5]. Civ. 12 févr. 1945, *Périer de Féral*, D. 1945.J.129 et la note P. L-P., J.C.P. 1945.2.2791, obs. Roubier.

115[6]. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 535 bis p. 747; Chevallier, *La loi du* 19 *déc.* 1961 *sur le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle*, J.C.P. 1962.1.1687, n° 51; Patarin, art. cit. 102[3], R.G.N. 1962 art. 28197 p. 186.

fait par des motifs contingents: éviter les spéculations sur la durée de l'indivision; elle préférait l'application de la loi du partage. L'article 13 de la loi du 19 décembre 1961 consacre cette dernière solution: la loi nouvelle régit le partage des successions non encore liquidées, sous réserve de quelques atténuations de détail. Il ne peut donc plus être question de caractère interprétatif de la loi, à moins que l'article 13 ne constitue une violation du principe de la non-rétroactivité...

Mais cette conclusion n'entraîne pas nécessairement que la loi soit impérative; elle peut aussi être dispositive[7]. Il convient de poursuivre la recherche.

116. — *b*) La seule technique consiste à *dégager le but des règles légales*, car à la poursuite d'un intérêt général correspond un caractère impératif, alors qu'au souci de la protection des intérêts particuliers peut s'attacher un caractère dispositif. L'opération n'est pas aisée, car la loi de 1961 est un remarquable exemple d'enchevêtrement de motifs[1] d'ordre individuel, familial et général.

117. — La loi du 19 décembre 1961 est née d'une poussée revendicative des agriculteurs, désireux de bénéficier de plus de facilités économiques pour faire fonctionner leurs exploitations. Le gouvernement trouva un domaine aisé à réformer en la matière de l'attribution préférentielle, qu'il était possible de leur rendre encore plus favorable. Car le décret-loi de 1938 était déjà très favorable à l'agriculteur; toute attribution intégrale protège l'exploitant en place, son activité et son confort. Elle apparaît ainsi comme une institution fondée sur des intérêts individuels[1]. Il n'y avait pas de raison particulière de limiter cette protection aux agriculteurs; aussi profita-t-on de l'occasion pour l'étendre aux autres exploitants, commerçants, industriels, artisans. Les agriculteurs ont simplement continué à bénéficier de quelques faveurs spéciales: l'attribution obligatoire des petites exploitations, assortie d'avantages fiscaux, et la fameuse attribution des bâtiments, machiavélique moyen de pression sur les cohéritiers plutôt que mécanisme efficace en soi[2]. M. CHEVALLIER note que dans la loi de 1961 il apparaît nettement que c'est l'exploitant, plus que l'exploitation, qui est protégé[3].

118. — S'il s'agit de protéger les intérêts individuels de l'exploitant, il paraît bien difficile d'admettre l'intervention de l'appréciation du père de famille dans le jeu de l'attribution, bien que la loi ne se présente

---

115[7]. PONSARD, note au D. 1947.J.363, II-A *in fine*.

116[1]. PATARIN, *Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la loi du 19 déc. 1961 sur le partage et la réduction*, R.T.C. 1962, pp. 421-454, n° 1-5.

117[1]. CARBONNIER, note au D. 1951.J.706; CHEVALLIER, art. cit. 115[6], n° 2-4, n° 14.

117[2]. PATARIN, art. cit. 116[1], n° 2 et 21; CHEVALLIER, art. cit., n° 41; VOIRIN; *La technique du phénix*, D. 1962. Chr. pp. 143-146.

117[3]. CHEVALLIER, art. cit., n° 3, 14, 15, 26, 28, 41.

pas comme une émanation de l'intérêt général. Le rôle du père de famille se conçoit parfaitement en matière d'intérêts privés de la famille; en étant le chef, il est traditionnellement le meilleur juge. Mais ici non seulement les intérêts individuels sont essentiels, mais encore l'aspect familial de la loi n'est pas évident.

Le caractère familial de la législation des biens de famille et des habitations à loyer modéré n'est pas douteux. Le bénéfice du régime privilégié est strictement réservé aux membres de la cellule sociale de base. Il s'agit de conserver un foyer familial[1]. Les préférences entre héritiers sont celles qui découlent de la hiérarchie familiale — plaçant le conjoint au premier rang — et non de l'activité du requérant. Le père de famille peut désigner l'attributaire du bien[2].

Pour les autres cas d'attribution préférentielle, l'intervention du facteur familial est discutée depuis 1938, non seulement à propos de la possibilité pour le défunt d'éluder les dispositions légales[3], mais aussi à propos de l'admission au bénéfice de la loi des successeurs testamentaires universels, surtout s'ils ne sont pas membres de la famille[4], et de l'application de la loi aux partages de communauté après divorce ou séparation[5] et au partage des indivisions non familiales[6].

Or les éléments favorables à l'interprétation familiale de la loi, qui existaient dans le texte de 1938, se sont amoindris dans la rédaction de 1961. Il n'existe plus de limitation de l'importance de l'exploitation qui peut faire l'objet de l'attribution; et si la loi parle encore de caractère familial pour les entreprises commerciales, industrielles et artisanales, c'est de façon extrêmement vague. La condition d'habitation sur le domaine rural n'est plus exigée, ni l'antériorité de la participation à l'exploitation, qui étaient caractéristiques de l'aspect familial[7]. Sans doute les règles légales favorisent-elles la conservation des biens dans la famille, et tout élargissement de leur champ d'application constitue-t-il un progrès

---

118[1]. Limoges 10 oct. 1923, *Gaudois*, D. 1924.2.163 et la note NAST; CARBONNIER, note au D.C. 1943.J.82.

118[2]. Par conséquent le disposant peut tenir en échec les règles légales. Sur ce point la légitimité de l'avancement d'hoirie est incontestable. Nous nous en tiendrons désormais aux autres situations privilégiées, plus fréquentes d'ailleurs.

118[3]. PONSARD, note au D. 1947.J.363; CARBONNIER, note au D. 1945.J.171.

118[4]. Angers 31 mars 1950, *Blanchard*, D. 1951.J.243; BRETON, Rép. Civ. Dalloz 1955, V° Succession, n° 1697; PATARIN, *La loi du* 19 *déc.* 1961..., R.G.N. 1962, art. 28179, pp. 72-73; WEILL et MAUS, *L'attribution préférentielle par voie judiciaire d'une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale, à caractère familial*, D. 1962. Chr. p. 75.

118[5]. CARBONNIER, note au D.C. 1943.J.82; SAVATIER, note au D. 1954.J.749. Cette question ne se pose plus sous l'empire de la loi de 1961, qui est expresse.

118[6]. Besançon 19 avr. 1951, *Henriot*, D. 1951.J.705, note CARBONNIER, J.C.P. 1951.2.6306, obs. SAVATIER.

118[7]. DE JUGLART, *Les aspects juridiques de l'entreprise agricole*, rapport au 4e Colloque des Facultés de Droit, 1956, pp. 39-40, n° 11.

de cette idée. Mais on peut le demander si ce développement n'est pas une simple conséquence indirecte de dispositions établies à des fins différentes.

La manifestation la plus nette d'une protection de la famille réside dans les prescriptions sur le maintien de l'indivision, qui visent autant à préserver la cohésion de la famille, qu'à préparer l'attribution préférentielle. Les conditions exigées par l'article 815, alinéa 3 et suivants, du Code Civil se rapprochent beaucoup de celles relatives au bien de famille; la règle ne profite qu'aux descendants et au conjoint survivant. Mais, dans ce même cas, des considérations autres que celles qui découlent de la conception traditionnelle de la famille, cellule sociale sous l'autorité du père, prédominent. Les travaux préparatoires insistent sur la solution que la loi apporte au problème humain qui résulte de la disparition du propriétaire des biens: il s'agit d'assurer au conjoint et aux enfants le moyen de subsister, et de leur conserver l'usage d'un logement précieux[8]. La loi de 1961 assouplit les exigences d'ordre familial posées en 1938: il n'existe plus de limite, ni inférieure, ni supérieure, à l'importance de l'exploitation agricole; les règles précises de l'article 815 sur la caractère familial du mode d'exploitation ont disparu[9]. Le maintien de l'indivision est une disposition plus sociale que familiale; la famille est envisagée de l'extérieur. Dans ce cadre la volonté du *de cujus* ne trouve guère de champ d'influence; peut-on concevoir qu'elle aille à l'encontre de ce souci social? Le doute n'est pas limité au maintien en indivision, car les intérêts généraux, sociaux et économiques de la loi se manifestent dans toutes ses dispositions.

119. — Les intérêts individuels et familiaux protégés ont ceci de commun, qu'ils sont, sauf en matière de partage du local d'habitation, ceux des producteurs, c'est-à-dire ceux d'une classe sociale ou plutôt d'une classe économique. La loi poursuit de façon évidente des fins d'ordre économique[1].

Les revendications individuelles n'ont été accueillies que parce qu'elles allaient dans le sens de la stabilité et de la continuité des exploitations, de même que le développement du droit au renouvellement des baux. La loi se place dans le cadre de la tendance au droit professionnel, soutenue par les théories économiques. Le souci économique se marque bien dans la disparition des limites de l'importance de l'exploitation. Il s'agit ajuourd'hui d'obtenir des exploitations rentables, modernisées, mises en valeur par des professionnels formés[2].

118[8]. PATARIN, *La loi du* 19 *déc.* 1961..., R.G.N. 1962, art. 28169, p. 33.
118[9]. PATARIN, art. cit. 116[1], R.T.C. 1962, n° 8.
119[1]. PATARIN, *La loi du* 19 *déc.* 1961..., R.G.N. 1962 art. 28174, p. 65.
119[2]. Cf. loi d'orientation agricole du 5 août 1960.

L'idée-force de lutter contre le morcellement de la propriété[3], cheval de bataille des partisans de la finalité économique de la loi de 1938[4], s'est même estompée, bien qu'elle figure encore dans l'exposé des motifs de la loi de 1961. D'ailleurs elle n'a jamais été exclusive; sans quoi le texte se serait borné à interdire le partage en nature: la licitation évite le morcellement. Aujourd'hui l'attribution des bâtiments de l'exploitation agricole seuls favorise la division des terres[5]; l'arrière-pensée de reconstituer l'unité par le jeu de la préemption, que M. le Doyen VOIRIN appelle « la technique du phénix », est illusoire[6]. Ce système manifeste le souci du législateur de favoriser l'équipement de l'exploitant, en lui évitant la charge des soultes de partage, qui grèveraient son budget.

Quant au souci de freiner l'exode rural, qu'on associe traditionnellement au morcellement, il a complètement disparu; au contraire les planificateurs souhaitent l'accélération du mouvement.

La lutte contre le morcellement est d'ailleurs parfaitement étrangère à l'application des règles préférentielles aux exploitations non agricoles, qui constituent des universalités de fait. Le seul danger que pare l'attribution préférentielle est la licitation, qui enlève le bien à l'exploitant. La loi vise surtout la stabilité de l'entreprise[7].

120. — L'institution des règlements privilégiés dans le partage résulte d'une combinaison de motifs, qui mènent tous à une stabilisation du sort des biens visés. Pour tirer de cette finalité complexe de la loi une indication sur son caractère impératif ou non, il faudrait pouvoir

---

119[3]. Bien que le danger du morcellement ait été exagéré. Cf. GOUYON, *La transmission de l'exploitation agricole*, rapport au 59e Congrès des Notaires de France, Deauville 1961, p. 198 et suiv., et FREVILLE, *Introduction historique aux travaux du 4e Colloque des Facultés de Droit*. 1956, p. 24.

119[4]. VOIRIN, *La transmission intégrale de l'exploitation familiale depuis la loi du 7 fév.* 1938 *sur les partages d'ascendants*, D.H. 1938. Chr. pp. 29-30; CARBONNIER, note au D. 1945.J.171, sous Chambéry 26 oct. 1943, *Perrier*, et note anonyme à la G.P. 1943.2.247 sous cet arrêt; J. BECQUÉ, obs. au J.C.P. 1946.2.3129.

119[5]. CHEVALLIER, art. cit. 115[6], n° 4.

119[6]. VOIRIN, art. cit. 117[2], p. 143.

Peut-être soutiendra-t-on que le législateur a pu être certain du succès, en envisageant l'intervention des Sociétés d'Aménagement Foncier et d'Etablissement Rural (SAFER) prévues par l'art. 15 de la loi d'orientation agricole du 5 août 1960. Celles-ci sont aptes à acquérir les terres et à les rétrocéder à l'attributaire des bâtiments. Mais en décembre 1961, nul ne se faisait d'illusion sur l'efficacité de ces sociétés. La loi du 8 août 1962 les a dotées du droit de préemption. Mais, d'une part il ne fonctionne que dans certains cas d'aliénations, et d'autre part les ressources disponibles pour l'achat des terres sont faibles. (Cf. OURLIAC et DE JUGLART, *Les Structures agraires: SAFER et Cumuls*, J.C.P. 1963.5.1747).

119[7]. En conséquence de cet esprit de la loi nouvelle, on peut admettre sans difficulté que l'art. 866 C.civ., remanié par la même loi, s'applique même à la libéralité qui intervient après que la quotité disponible ait été entièrement épuisée, et qui est intégralement réductible; bien qu'il n'y ait pas dans ce cas de risque de morcellement. *V. supra* n° 75.

établir la prépondérance de l'un des buts. Les dispositions légales doivent-elles être attribuées davantage à un souci de protection de l'individu qu'à un désir d'amélioration de l'économie de la production? La réponse n'est nullement évidente. Il semble que l'intérêt économique soit prédominant. Et une telle prééminence serait logique: elle éviterait qu'une dérogation capitale au principe essentiel de l'égalité en nature dans le partage repose sur de simples intérêts privés[1]. Mais ce but de la loi n'est nullement exclusif. En dégager un caractère impératif est difficile[2].

121. — c) En pratique, il faut reconnaître que *la jurisprudence répugne à faire appel au caractère impératif* ou non de la loi. Certains arrêts expriment une opinion sur les buts qu'a poursuivis le législateur, mais en évitant d'en tirer des conséquences directes quant à la validité des actes du défunt qui entrent en contradiction avec les règles légales. « Le droit à l'attribution a un fondement économique et social d'intérêt général, mais n'est pas pour autant d'ordre public », déclare un arrêt typique[1]. En général les tribunaux ne se prononcent pas sur les fins et les caractères de la loi, ils cherchent leurs arguments ailleurs[2]. Ainsi la Cour de Cassation, alors que la question du caractère obligatoire en soi de l'attribution préférentielle en présence d'une disposition contraire du défunt lui était directement soumise, s'est bornée à se référer à la liberté de dévolution, qui permet de mettre les biens hors la masse partageable[3]. Peut-être doit-on déceler sous le non appel au caractère impératif l'indice d'une opposition à ce point de vue, ainsi que le déclare un influent conseiller de la haute juridiction[4].

Toujours est-il que les solutions données sont fort nettes, malgré l'aspect flou de leur base théorique. A la vérité, la position des arrêts est inattaquable, car elle bénéficie de l'appui, indirect mais fort, de la loi, qui ne connaît pas d'obstacle.

120[1]. PATARIN, art. R.T.C. 1962 cit. 116[1], n° 45.

120[2]. Certains auteurs estiment que, même s'il est absolument certain que le but de la loi est d'ordre économique, elle ne peut être impérative, parce que pour déroger à la liberté testamentaire, principe essentiel du droit français, il faut une disposition expresse; *v.* note P.L-P. au D. 1946.J.221, et note PONSARD au D. 1947.J.363. Mais nous avons noté que l'intervention de la liberté testamentaire doit être écartée du débat; *v. supra* n° 107.

121[1]. Grenoble 19 mars 1947, *Vivarat-Perrin*, D. 1947. J. 420, G.P. 1947.1.210. Dans le même sens Dijon 29 janv. 1946, *Boffet*, J.C.P. 1946.2.3129, obs. J. BECQUÉ, D. 1947.J.363, note PONSARD.

121[2]. Trib. civ. Largentière 10 oct. 1950, *Bonhomme*, J.C.P. 1950.2.5900, obs. GRENIER.

121[3]. Req. 28 juill. 1947, *Bert-Cuillet*, D. 1947.J.475, S. 1948.1.7, J.C.P. 1947.2. 3908. G.P. 1947.2.219.

121[4]. P. L-P., note au D. 1946.J.221, sous Civ. 12 nov. 1945, *Brau-Rousse*.

C. — L'arbitraire législatif:

122. — La liberté de composer les lots de partage de ses héritiers, que l'on reconnaît au disposant, repose au fond sur une autorisation de la loi, qui pour être implicite n'en est pas moins incontestable. L'existence même du rapport en moins prenant suppose l'efficacité de l'initiative du disposant, sans quoi l'institution serait vide de sens. Ainsi l'égalité en nature peut être éludée. Il pourrait en aller de même pour la justification de la mise en échec des règles préférentielles; mais la jurisprudence fait état d'une explication plus indirecte, par la liberté des clauses d'attribution et d'élection, qui se rattache à une tendance différente des intentions du législateur.

123. — La disparité des lots des héritiers est inhérente au système du rapport en valeur. Elle est presque fatale, étant donné qu'il existe rarement dans le patrimoine entamé par la libéralité des biens de nature à balancer parfaitement l'avance faite à l'héritier gratifié. Or le rapport en moins prenant constitue le mode de restitution de principe des avancements d'hoirie. Il est imposé à défaut de volonté contraire du disposant; et cette volonté contraire n'est peut-être même pas toujours admise: la possibilité de stipuler le rapport en nature des meubles est controversée. Certes, le rapport en moins prenant, comme la qualité d'avancement d'hoirie de la libéralité, reste fondé sur la volonté du disposant, qui est présumée. Mais la loi supplée de façon générale cette volonté; de sorte que, même si le rapport en valeur fait l'objet d'une stipulation expresse, il ne s'agit que d'un entérinement de la présomption légale; le rapport en moins prenant n'émane jamais plus aujourd'hui de la seule volonté du *de cujus*. Ce n'est donc pas celui-ci qui viole le principe de parité des apportionnements des héritiers.

Par conséquent nous sommes en présence d'une exception légale à la règle traditionnelle des partages. Et le législateur peut apporter telle dérogation qu'il juge opportune aux principes légaux, qu'il a posés simultanément ou antérieurement[1]. Avant 1898 pour les legs et 1938 pour les dons, l'exception ne s'appliquait qu'aux quelques cas de rapport en moins prenant énumérés dans le Code; la validité des clauses de rapport en moins prenant issues de l'initiative individuelle aurait pu être discutée. Mais la question n'était pas mûre. On s'en tînt à la justification du rapport en valeur par la validité de la clause de préciput, en vertu de l'adage « qui ne peut plus, peut le moins »; l'aménagement du mode de rapport était moins grave d'une dispense totale. On ne se préoccupait guère d'analyser la technique du rapport en moins prenant et d'en mesurer les répercussions. La recherche qu'a suscitée le développement de l'attribution préférentielle n'était pas encore intervenue.

123[1]. Batiffol, note au S. 1934.1.121 *in fine*.

124. — Les considérations de technique juridique n'ont pas arrêté la jurisprudence dans l'admission des avancements d'hoirie tenant en échec les règles préférentielles du partage, davantage que dans la reconnaissance des attributions disparates. Il n'existe aucune décision contraire à la liberté du disposant. Et les travaux préparatoires de la loi du 19 décembre 1961 montrent que le législateur a tenu cette position pour acquise[1]. La loi elle-même autorise les libéralités incompatibles avec l'attribution préférentielle ou le maintien en indivision, lorsqu'elle édicte dans l'article 866 du Code Civil des prescriptions qui permettent d'assurer l'efficacité du don ou du legs réductibles de l'exploitation ou de l'entreprise, à quelqu'héritier qu'il soit adressé[2], et quel que soit le caractère de l'opération, dévolutif ou répartitif.

Le courant jurisprudentiel, dont nous relevons l'apparition en 1943[3], marque dès son origine la tendance des tribunaux à ne pas appliquer un traitement différent aux dispositions dévolutives et aux dispositions simplement répartitives. Il a reçu l'approbation de certains auteurs, qui estiment la distinction entre les deux types d'actes peut-être très exacte en technique juridique pure, mais contraire à l'esprit libéral des réformes de 1938[4]. Pendant longtemps la Cour de Cassation ne fut pas saisie du problème. Un arrêt de 1958 employa, à propos de la mise en échec de l'article 832 alinéa 3 du Code Civil par une donation-partage, une formule d'une généralité telle qu'elle supposait l'admission de toutes les initiatives du défunt contraires aux règles préférentielles[5]. Par un arrêt du 3 février 1959, la Cour rejeta enfin franchement toute distinction[6]; le disposant est libre de faire de pures attributions aussi bien que des transmissions, en contradiction avec les règles légales. Par voie de conséquence, l'avancement d'hoirie, qui se trouve n'être pas pleinement dévolutif, peut faire des allotissements non conformes aux conditions exigées par la loi.

Quel est le fondement de cette jurisprudence? La Cour de Cassation semble rattacher sa décision à la liberté testamentaire. Nous savons bien qu'elle est techniquement étrangère à la question. Il s'agit plutôt d'une affirmation prétorienne, faite sous l'autorité implicite de la loi. Car l'esprit des réformes menées depuis 1938 en matière de libéralités et de liquidation successorale est marqué par le désir de rendre efficaces les initiatives du *de cujus*, quitte à effacer les principes du règlement

---

124[1]. *Supra* 102[4].

124[2]. Weill et Maus, *L'attribution préférentielle, par voie judiciaire, d'une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale, à caractère familial*, D. 1962 Chr. p. 67.

124[3]. Trib. civ. Orthez 6 juill. 1942, *Tredjeu*, G.P. 1942.2.158; Chambéry 26 oct. 1943, *Perrier*, précité 105[9]; Rennes 19 oct. 1948, *Caradec*, D. 1949.J.98.

124[4]. Ponsard, note au D. 1947.J.363, II-A.; Patarin, *La loi du* 19 *déc.* 1961..., R.G.N. 1962, art. 28179, pp. 75-76.

124[5]. *L'alinéa* 3... *peut être écarté par la volonté du disposant*: Civ. 8 juill. 1958, *Dinot*, D. 1958.J.653.

124[6]. Civ. 3 fév. 1959, *Hélie*, G.P. 1959.1.178.

des successions *ab intestat*. En se conformant à cette idée majeure des innovations législatives, la jurisprudence s'intègre, en ce qui concerne précisément l'avancement d'hoirie, dans le courant de revalorisation de l'institution.

125. — L'avancement d'hoirie élude sans difficulté les principes rigoureux de la composition des lots dans le partage des successions. Les allotissements qu'il permet d'opérer, sont libres dans leur consistance. Par son efficacité, il rejoint et dépasse même le partage d'ascendant, qui depuis longtemps n'est plus astreint qu'à un respect très approximatif de la règle de parité, et auquel on n'applique pas non plus les textes établissant des situations privilégiées dans le partage.

Le principe de base de l'avancement d'hoirie, celui qui est à son origine, reste, malgré la disparité des lots, l'égalité entre les héritiers. Faute de la trouver dans la matérialisation des attributions, la rencontre-t-on dans leur valeur? Dans le système instauré en 1938, les compensations se font par l'intermédiaire de l'étalon monétaire. L'égalité en valeur constitue le dernier refuge du principe essentiel des partages. Singulièrement malmené par la liberté des attributions en avancement d'hoirie, il conviendrait qu'il se réfugie dans une équivalence parfaite des apportionnements issus de notre institution.

CHAPITRE II

L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET L'ÉGALITÉ ENTRE HÉRITIERS

126. — L'organisation de l'avancement d'hoirie doit concilier deux exigences précises : opérer une attribution anticipée sur la succession, et ne pas altérer l'égalité entre héritiers. La première est incontestablement satisfaite grâce à la technique du rapport en moins prenant. Mais il semble bien que ce soit au détriment de la seconde. Car la réforme législative, qui en 1938 a généralisé le mode de rapport qui permet à l'avancement d'hoirie de constituer un allotissement efficace, a aussi modifié le mode de calcul de la valeur rapportable. Désormais l'héritier gratifié doit remettre dans la succession le montant de l'estimation du bien au jour de la libéralité, date de formation du contrat de donation ou de prise d'effet du testament par l'ouverture de la succession. Cette valeur entre en compte avec les évaluations des biens existant dans la succession, établies au jour du partage. Un déséquilibre des parts des héritiers en résulte, dont il convient d'examiner la structure.

Les parties peuvent ne pas se satisfaire de la réglementation légale du calcul du montant du rapport. Toute liberté leur est laissée de stipuler un mode d'évaluation différent. Elles en usent le plus souvent en fixant le rapport à une somme forfaitaire, qui représente le bien dans le compte de liquidation, quelle que soit sa valeur intrinsèque. Le dommage causé à l'équilibre des parts successorales des différents héritiers peut alors se révéler d'une ampleur plus considérable encore que celui déterminé par le calcul légal; surtout il ne bénéficie pas de la licéité incontestable, qu'assure une prescription légale : le rapport forfaitaire n'est pas expressément prévu par la loi, et sa structure même pose des problèmes d'analyse complexes.

SECTION I : *Les difficultés issues de l'avancement d'hoirie ordinaire.*

SECTION II : *Les problèmes du rapport forfaitaire.*

Section I

LES DIFFICULTÉS ISSUES DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE ORDINAIRE

127. — La réglementation du calcul de la valeur rapportable, qui s'applique à défaut de manifestation de volonté contraire des parties à la donation ou du testateur, crée un profond déséquilibre entre ce qu'obtiennent les différents héritiers. Après avoir constaté son ampleur (§ 1), il conviendra d'en rechercher les causes: arbitraire législatif ou nature de l'opération (§ 2), et enfin d'en envisager les remèdes et de mesurer leur efficacité (§ 3).

§ 1. — Le déséquilibre né de l'avancement d'hoirie.

128. — La généralisation du rapport en moins prenant a répondu au souci du législateur de stabiliser le transfert de propriété opéré par la libéralité en avancement d'hoirie. L'héritier gratifié conserve le bien qui a fait l'objet de la disposition. Mais le problème se pose de la compensation à fournir aux cohéritiers. Par le rapport en nature, l'avancement d'hoirie disparaissait, le bien était réintégré dans la masse partageable; dès l'instant de l'ouverture de la succession, le patrimoine du défunt était reconstitué tel qu'il eût été en l'absence de la libéralité; les héritiers exerçaient leurs droits sur la masse, dans l'égalité la plus parfaite. Désormais à la restitution du bien est substituée la remise dans la succession d'une valeur compensatrice, à déduire de la part de l'héritier gratifié. L'égalité dépend du montant de cette indemnité: Si elle correspond exactement à la valeur du bien que le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie conserve, les cohéritiers se trouvent financièrement dans la même situation que si le bien avait été restitué en nature, et l'égalité est parfaite. Sinon l'égalité entre héritiers est rompue.

Avant 1938 le rapport, lorsqu'il s'opérait exceptionnellement en moins prenant, se faisait d'après l'estimation du bien au jour de l'ouverture de la succession ou au jour du partage, selon qu'il s'agissait d'un rapport après aliénation du bien donné (art. 860 ancien C.civ.) ou d'un autre cas. Seul le mobilier était soumis à l'estimation au jour de la libéralité (art. 868 C.civ.). La loi du 7 février 1938 et le décret-loi du 17 juin 1938, modifiant l'article 860 du Code Civil, ont décidé qu'à défaut de stipulation contraire la donation en avancement d'hoirie serait rapportée pour sa valeur à l'époque de l'acte; et on en a déduit par analogie que le legs devait être rapporté pour sa valeur au jour de l'ouverture de la succession, date de prise d'effet de la libéralité. Dans la pensée des promoteurs de la réforme, cette mesure visait à stabiliser la charge

pesant sur l'héritier gratifié: désormais celui-ci sait, dès qu'il prend connaissance de l'avancement d'hoirie qui lui est adressé, de combien il sera comptable envers la masse successorale lors du règlement héréditaire[1]. Les fluctuations intermédiaires de la valeur du bien ne peuvent plus le surprendre. Le risque d'un rapport écrasant, surtout lorsque le gratifié n'est plus en possession du bien à l'époque du partage, est éliminé. A la stabilisation du transfert de la propriété la loi fait correspondre une stabilisation de l'obligation de l'héritier soumis au rapport.

129. — Le résultat du nouveau mode de calcul du rapport est bien connu. Dès les premiers commentaires du texte, l'inégalité entre les héritiers, à laquelle il aboutit fatalement, a été relevée[1].

L'égalité entre le gratifié et ses cohéritiers est l'effet du hasard dans ce système, qui n'applique pas la même mesure à l'allotissement du bénéficiaire de l'avancement d'hoirie et à celui des non gratifiés. La masse successorale est reconstituée par l'addition aux biens existants, qu'on évalue au jour du partage, de la valeur rapportable, qu'on établit à la date de l'avancement d'hoirie. Un laps de temps souvent très long sépare les deux estimations, qui dès lors n'utilisent plus le même étalon monétaire, et ne portent pas sur des biens dont la matérialité est saisie au même moment. La loi déclenche une « arithmétique fantasque et sans issue, où l'on s'évertue à additionner des articles sans commune mesure »[2]. Dans l'amas hétéroclite ainsi formé, le liquidateur taille des parts égales. Le gratifié recoit dans son lot son propre rapport, c'est-à-dire en fait le bien donné qu'il représente, compté pour sa valeur au jour de la libéralité. Les cohéritiers obtiennent les biens existants, estimés à la date de la répartition, ainsi qu'il est de règle en matière de partage[3]. On compare deux éléments appréciés à des dates différentes[4]. Il serait extraordinaire que les facteurs variables en fonction du temps, qui interviennent dans l'appréciation, se trouvent être les mêmes: la valeur de la monnaie se dégrade, certains biens se raréfient et augmentent de prix, d'autres se répandent et diminuent. Le donataire peut se trouver nanti de dix hectares de terre, alors que son frère, qui reçoit nominalement la même valeur dans la succession, n'en obtient qu'un, parce que les estimations foncières ont décuplé entre la date de la donation et la date du partage; ou encore le donateur a attribué cinq hectares à l'un,

---

128-129[1]. Boulanger, *Les modifications apportées par la loi du 7 fév.* 1938 *aux règles du rapport et de la réduction des libéralités*, D.H. 1938. Chr. p. 46; Desbois, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938, D.P. 1938.4.353 et 355.

129[2]. Choteau, *Le rapport, mode unique de réduction des libéralités adressées à un successible*, J.N. 1949, art. 42741, p. 243.

129[3]. Civ. 11 janv. 1937, *Mulle*, D.H. 1937.101, S. 1938.1.377, note Batiffol; Hebraud, *L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux*, Etudes Ripert, 1950, t. I, p. 509.

129[4]. Catala, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, éd. Paris 1954, n° 165.

croyant le remplir de sa part dans la succession, et par le fait que les cinq autres hectares gardés libres dans la succession en faveur de son frère ont augmenté de valeur, il a encore droit à une quote-part de ceux-ci.

Le résultat obtenu est semblable si tous les héritiers ont bénéficié d'avancements d'hoirie.

Si les allotissements anticipés sont opérés à des dates différentes, les plus ou moins values, qui affectent les biens donnés depuis l'instant de la donation et qui sont acquises au donataire tenu au rapport d'une somme invariable, courent pendant des temps différents. Le donateur, qui distribue des dots nominalement égales, entérine l'appropriation des plus ou moins values par les gratifiés les plus anciens et consacre l'inégalité des apportionnements[5]. Une illustration de cette situation est fournie par la fameuse affaire « *de la Bénédictine* »[6]. Un père de famille avait constitué à ses filles lors de leurs mariages respectifs des dots en titres de la société, dont il était le principal actionnaire; pour que les rapports, calculés selon l'estimation au jour de la donation, soient égaux, il avait été contraint de donner de moins en moins de titres à mesure que leur valeur augmentait. Les premières mariées ont reçu 80 titres, la suivante 35, et la dernière seulement 14. L'inégalité fondamentale entre les héritiers était flagrante[7]. Si au contraire les dots sont matériellement égales, les rapports sont différents, et le partage final pour rétablir l'égalité nominale, la seule qui compte pour la loi, doit établir des récompenses entre les héritiers gratifiés.

Même dans l'hypothèse d'une série d'avancements d'hoirie consentis à la même date, l'égalité n'est pas parfaitement réalisée. Si les biens sont de valeurs différentes à ce jour, le rapport, tel que calculé actuellement, est inapte à compenser impeccablement les écarts; car l'héritier le plus doté bénéficie de davantage de chances de plus ou moins value de son lot jusqu'au jour de la liquidation de la succession, date à laquelle l'égalité doit être constatée. Si les biens sont de valeurs égales, l'équilibre semble parfait, comme dans un partage d'ascendant idéalement établi. Pourtant les valeurs des divers biens, qui ne sont pas de nature identique, vont évoluer de façon divergente entre les mains des donataires jusqu'à l'époque du règlement définitif de la succession; il en va de même dans le partage d'ascendant actuel, dont les lots sont en fait soustraits à la règle de la parité. L'égalité n'existe plus. Or c'est au temps du partage final, dont l'avancement d'hoirie, allotissement anticipé, est une partie faite par avance, que l'égalité doit être réalisée.

129[5]. Catala, thèse précitée 129[4], n° 164.

129[6]. Civ. 30 juin 1910, *Le Grand*, S. 1910.1.529, note Lyon-Caen, D. 1914.1.25, note Nast.

129[7]. Encore que dans cette espèce précise les avancements d'hoirie fussent en un certain sens égaux au moment où ils étaient faits; car, la monnaie étant stable à cette époque, si les enfants vendaient l'objet de la libéralité dès son obtention, ils bénéficiaient tous du même pouvoir d'achat. Actuellement aux plus values intrinsèques des biens donnés s'ajoutent les plus values monétaires; il n'y a même plus égalité à la date de donation.

La réglementation actuelle du rapport en moins prenant permet à l'avancement d'hoirie de détruire l'égalité en valeur entre les héritiers presque aussi sûrement que l'égalité en nature. Il ne saurait être question de le reprocher au disposant, qui bénéficie de la couverture des dispositions légales supplétives. Mais on peut se demander si le mode de calcul employé s'imposait au législateur.

§ 2. — Les causes de l'inégalité.

130. — La recherche des causes de l'inégalité en valeur entre les héritiers, que déclenche le système actuel de rapport, exige en premier lieu la compréhension du mécanisme dont elle naît. Il se dégage rapidement qu'elle tient à la mise à la charge exclusive de l'héritier gratifié des fluctuations de valeur du bien donné. En second lieu, il convient d'examiner s'il existe un lien entre ce mécanisme et l'exécution en moins prenant du rapport, corrélativement à la généralisation de laquelle il s'est développé.

A. — L'attribution individuelle de la charge des fluctuations de valeur du bien:

131. — Le déséquilibre résultant de l'organisation du rapport a été mis en évidence par l'ampleur des fluctuations économiques, qui ont affecté la valeur des biens qui font l'objet des avancements d'hoirie.

Il s'agit particulièrement des fluctuations monétaires. On a noté dès la promulgation de la loi du 7 février 1938 que la dépréciation de la monnaie voue l'avancement d'hoirie à constituer une source d'injustice[1]. En monnaie constante, ce serait le même étalon qui servirait à apprécier les biens dans les estimations successives auxquelles donne lieu le règlement successoral, et à retenir les chiffres qu'il y a lieu de reporter du jour de la donation à l'époque de la liquidation finale. La variation de l'étalon monétaire constitue un premier élément de disparité.

Les plus ou moins values intrinsèques du bien qui fait l'objet de l'avancement d'hoirie interviennent aussi[2]. Même en monnaie stable, la valeur d'un bien fluctue entre deux dates d'appréciation. Certains biens ont une vocation à se dévaluer, tels les meubles corporels par l'effet de l'usure; mais le cas de ceux-ci est particulier, car la perte est compensée par le profit que le propriétaire tire de l'usage de la chose, et le Code Civil originel a pu prescrire leur estimation à la date de la donation en se référant au principe de l'égalité entre héritiers.

131[1]. Deyzac, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938, Recueil Général des Lois, 1938.1.281, n° 62.

131[2]. Donnier, *Quelques incidences de la législation de* 1938 *sur le rapport des libéralités*, thèse Montpellier 1952, p. 76.

La dévaluation s'opère le plus souvent sans contrepartie, l'exemple le plus fréquent étant celui des valeurs mobilières; il en va de même de certains immeubles que les circonstances placent hors du circuit économique. Inversement il existe des hausses de valeur dues à une raréfaction ou à une demande accrue. Et chaque bien varie de façon particulière; deux biens de valeurs équivalentes au jour de la donation ne le sont plus au jour du partage.

132. — Les fluctuations économiques et monétaires sont inévitables, et elles existent de tout temps. Mais elles ne se transforment en causes d'inégalité que parce qu'elles sont mises à la charge exclusive de l'attributaire du bien déféré par l'avancement d'hoirie. Son obligation étant fixée une fois pour toutes au jour de la libéralité, toutes les variations postérieures de la valeur du bien qu'il a reçu sont indifférentes au montant de son rapport et font son profit ou sa perte. Les choses se passent comme s'il avait été gratifié d'une somme d'argent et ne devait compte que d'un nominal invariable. Or ce n'est qu'au partage que les parts de chacun dans la succession doivent normalement être formées; c'est à ce moment que chaque héritier doit recueillir une portion égale. Jusqu'à cette époque les fluctuations du patrimoine devraient être égales pour tous. Mais le système légal d'évaluation laisse l'avancement d'hoirie en dehors du courant d'évolution du patrimoine; le rapport en moins prenant estimé à la date de la libéralité opère une *réintégration sans reconstitution de carrière*... L'inégalité est due à l'appréciation du rapport, dont le but est de rétablir l'égalité, à une époque qui, sans être indifférente au rôle de l'avancement d'hoirie, opération de partage partiel anticipé, est excentrique par rapport à l'ensemble du règlement de la succession. Et cette réglementation est intervenue alors qu'on avait parfaitement compris la nécessité de grouper au jour du partage toutes les évaluations indispensables au règlement successoral[1]. Elle néglige le fait que l'avancement d'hoirie forme des lots de partage, avant la répartition générale à laquelle ceux-ci doivent s'intégrer.

Mais peut-être la prescription légale s'imposait-elle en vertu d'un lien logique entre le mécanisme du calcul et le rapport en moins prenant.

B. — Le lien de l'attribution des fluctuations avec le rapport en moins prenant:

133. — Il existe habituellement un lien entre l'attribution des plus ou moins values et des risques, et la propriété d'un bien. Il est de principe que les risques d'une chose sont pour le propriétaire et non pour le créancier de cette chose; l'adage « *res perit domino* » est l'application de cette règle. Et les plus ou moins values suivent le sort des risques, dont elles sont la traduction en valeur.

132[1]. Cf. Catala, th. cit. 129[4], partic. nº 3 à 48.

Certes les plus et moins values s'opposent aux risques en ce qu'elles ne sont pas des avatars physiques du bien. L'esprit conçoit fort aisément une séparation du sort des plus ou moins values et du sort des risques; ces derniers demeureraient à la charge du propriétaire, ainsi qu'il est traditionnellement admis, et les fluctuations de valeur seraient mises au compte du créancier de la chose. Telle est la position du projet de loi sur la réforme du rapport[1]; il prévoit que la dette de l'héritier gratifié est de la valeur du partage du bien estimé dans l'état où il se trouvait lors de la libéralité. Le système rétablit l'égalité tout en sauvegardant la théorie traditionnelle des risques. Mais cette sauvegarde est-elle autre chose qu'une pure apparence? La scission entre risques et plus et moins values pourrait être admise si les fluctuations de valeur tenaient à des causes purement monétaires. Mais elles tiennent dans une très large mesure à des phénomènes économiques, qui affectent de façon différente la valeur de chaque bien. Or la valeur individuelle d'un bien constitue une qualité intrinsèque de la chose, au même titre que sa consistance. Il semble donc arbitraire de faire un sort différent aux accidents physiques et aux accidents économiques affectant le bien. Les plus ou moins values constituent une variété de risques. Les plus ou moins values sont, comme les risques physiques, des événements postérieurs au transfert de propriété, qui n'intéressent par conséquent que le propriétaire.

L'avancement d'hoirie rapportable en moins prenant est translatif de propriété. Il confère au successible gratifié la propriété incommutable du bien. Il est donc naturel que le donataire ou légataire ne soit comptable envers la cohérie que de la valeur de la chose arrêtée à la date où celle-ci lui devient personnelle, c'est-à-dire à la date de la libéralité. Que la chose périsse ou augmente de valeur par la suite, les cohéritiers n'ont aucun droit à participer à cette fluctuation.

On comprend aussi qu'inversement, en cas de rapport en nature, les risques soient pour les cohéritiers. Si la chose périt, ils ne reçoivent plus rien (art. 855 C.civ.); de même, ils la recueillent valorisée de ses plus values ou diminuée de ses moins values. Car dans ce cas le transfert de propriété opéré par la donation tombe par l'effet d'une résolution, dont la caractéristique est une rétroactivité telle que le transfert est censé n'avoir jamais existé. Si l'avancement d'hoirie est testamentaire, le legs ne produit pas effet. Le bien n'est pas sorti de la succession dont les cohéritiers sont propriétaires: les risques sont pour eux.

Ainsi il apparaît que le mode d'évaluation découle logiquement de la nature du rapport en moins prenant. Une grande partie de la doctrine a reconnu la relation des deux mécanismes. Dès le XIXe siècle, à propos du rapport des meubles (art. 868 C.civ), LAURENT affirme que c'est le caractère incommutable de la propriété du donataire qui charge celui-ci des chances bonnes ou mauvaises de variation de la

---

[1] 133. Texte voté par le Sénat le 24 juin 1965. J.O. Déb. Parl. Sénat pp. 386 et suiv.

valeur de la chose[2]. DEMOLOMBE ne conçoit pas d'autre évaluation du montant du rapport en moins prenant que celle établie au jour du transfert de propriété[3]. En la logique du système est approuvée par les quelques auteurs, qui avant 1938 s'intéressent au problème[4]. En droit allemand, c'est ce raisonnement qui fonde la disposition de l'article 2055 alinéa 2 du B.G.B., qui fixe l'évaluation du rapport en moins prenant à la date de prise d'effet de l'avancement d'hoirie[5]. Depuis la réforme de 1938, l'explication est en général tenue pour acquise[6].

134. — Pourtant il est des auteurs qui nient toute l'influence de l'effet translatif de l'avancement d'hoirie sur l'évaluation du rapport[1]. Car en matière de rapport les règles communes, relatives au lien entre la nature des droits respectifs du gratifié et des cohéritiers sur le bien et la participation aux risques et aux plus et moins values, ne seraient pas suivies.

D'abord, en cas d'avancement d'hoirie rapportable en nature, l'explication de l'attribution des risques aux cohéritiers par le droit de propriété rétroactif de ceux-ci sur le bien ne serait pas pertinente. Car il est admis que les risques d'une chose transférée sous condition résolutoire sont pour le propriétaire provisoire[2]. La propriété que l'on considère est la sienne. L'article 855 du Code Civil néglige cette règle. Il opère une dissociation des notions traditionnellement associées de transfert de propriété et de charge des risques, signe du particularisme de la matière du rapport.

L'argument n'est pas convaincant, car on considère généralement que le système d'attribution de la charge des risques en cas de résolution du transfert de propriété est une aberration, une exception légale aux conséquences de la rétroactivité de la résolution[3]. L'article 855, en contradiction avec cette exception, constitue un retour à la règle traditionnelle, et par conséquent une illustration probante de la relation suspectée.

133[2]. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, 3e éd. 1878, t. XI, n° 6, p. 10.

133[3]. DEMOLOMBE, t. 16, n° 540 et 541.

133[4]. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 3, 1930, n° 1148; BEUDANT-LE BALLE, t. V bis, n° 850.

133[5]. STAUDINGERs *Kommentar zum Bürgerlichen GesetzBuch*, 11e éd. t. V. 1re partie, *Erbrecht* - §§ 1922-2196, par BOEHMER, LEHMANN et SEYBOLD, Berlin 1954, sous § 2055, 5°.

133[6]. BOULANGER, art. cit. 129[1], D.H. 1938 Chr. p. 46; RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 2916; DONNIER, th. cit. 131[2], pp. 79-80.

134[1]. CATALA, th. cit. 129[4], n° 129-132, poussant à l'extrême certains doutes élevés par M. HÉBRAUD, *op. cit.* 129[3], Etudes Ripert, t. I, pp. 509-510.

134[2]. Cf. HOUIN, *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. 3, 1948, p. 250; Civ. 18 nov. 1924, *De Dalmas*, D. 1925.1.25, note de l'avocat général MATTER.

134[3]. HOUIN, *op. et loc. praecit.* 134[2].

On objecte ensuite qu'il existe des cas de rapport en moins prenant, dans lesquels les risques et les plus ou moins values sont pour les cohéritiers, ce qui démontrerait l'indépendance du mode de rapport et de son évaluation.

Lorsque le rapport en valeur se substitue au rapport en nature, qui aurait dû avoir lieu s'il ne s'était pas produit une perte fautive ou une aliénation de l'immeuble donné, la doctrine a toujours admis, expose M. CATALA, que le donataire ne doit pas compte des détériorations non fautives antérieures à l'ouverture de la succession. Les risques et les plus ou moins values sont pour la masse, bien qu'il n'y ait pas résolution.

Sans doute! Mais ces positions doctrinales sont antérieures à la réforme de 1938. A cette époque le rapport en cas d'aliénation du bien était expressément fixé par l'article 860 du Code Civil à la valeur au jour de l'ouverture. Aucun raisonnement n'aurait pu prévaloir contre ce texte, même si la loi ne tenait pas compte des conséquences logiques de l'effet translatif permis par le rapport en moins prenant. Aujourd'hui l'anomalie légale a disparu. Il existe quelques discussions sur le montant du rapport dans cette hypothèse[4], mais elles sont proprement artificielles. Car la loi du 7 février 1938 a prescrit que l'immeuble aliéné serait rapporté pour sa valeur à la date de la donation; elle a donc réglé la question. Sans doute le décret-loi du 17 juin 1938 a-t-il effacé cette précision; mais c'est parce qu'elle était devenue inutile, l'estimation au jour de la libéralité ayant été généralisée. La solution est d'ailleurs inévitable, car, le rapport en nature stipulé étant impossible, c'est le rapport légal qui s'applique, donc l'estimation à la date de la libéralité qu'il comporte[5].

Dans les autres cas, pour lesquels il n'existait pas de texte, le rapport en moins prenant était avant 1938 de la valeur du bien au jour du partage, aux termes d'une jurisprudence qui s'inspirait de l'article 861 ancien du Code Civil, fixant à cette date l'estimation des impenses[6]. Mais la raison de cette position, peu conforme au lien entre propriété et risques, était extérieure à la nature du rapport en valeur. Celui-ci n'était considéré que comme un substitut du rapport en nature, qui devait absolument produire des effets équivalents[7]. En ce qui concerne le cas particulier de la perte fautive de la chose, on peut ajouter que le rapport s'y teinte d'une coloration indemnitaire, et qu'il n'est pas étonnant que des dommages et intérêts soient calculés à l'époque de la réparation.

134[4]. HÉBRAUD, *op. cit.* 129[3], p. 505 texte et note 4; CATALA, th. cit. 129[4], n° 143-145.

134[5]. DEPIERROIS, *Rapport en nature, aliénation par le donataire, mode et montant du rapport...*, R.G.N. 1951, art. 26991 *in fine*.

134[6]. Limoges 8 déc. 1941, *Moreau*, J.C.P. 1942.2.2057, obs. COSTES, S. 1942.2.1, note COSTES; Montpellier 28 juill. 1942, *Delèris*, J.C.P. 1943.2.2129, obs. VOIRIN, S. 1943.2.49, note BATIFFOL, D.C. 1943.J.68, note J.C., et sur pourvoi Civ. 6 mai 1952, Bull. Cass. Civ. 1952.1.129, J.C.P. 1952.4.102; Civ. 14 mars 1950, *Masset*, Bull. Cass. Civ. 1950.1.53; Civ. 15 janv. 1952, *Bertrand*, J.C.P. 1952.2.6944, obs. CAVARROC, S. 1954.1.185, note BATIFFOL.

134[7]. VOIRIN, obs. précitées 134[6], point II; BATIFFOL, note au S. 1943 précitée 134[6], point III.

La critique du lien entre les modes d'exécution et de calcul du rapport insiste surtout sur les résultats des stipulations qui peuvent affecter le montant de la valeur rapportable. L'organisation du rapport est très souple. Les parties à la donation ou le testateur peuvent fixer l'estimation à une date autre que celle de la libéralité: au décès ou au partage. Avec ces clauses les risques et les plus ou moins values de la chose, postérieurs au transfert de propriété, sont pour les cohéritiers. Le rapport tombe à néant si la chose périt. Le rapport en valeur produit alors les mêmes résultats que le rapport en nature, malgré l'opposition fondamentale qui existe quant à la propriété du bien. Or, relève-t-on, nul ne voit une anomalie en cette rupture du lien logique entre la propriété et les risques. On ne se pose pas de problème d'analyse de l'excès du montant du rapport convenu sur le montant du rapport légal; on considère qu'il s'agit d'un rapport correct, correspondant à la valeur du bien. D'ailleurs il existe des situations analogues dans le droit commun: le prix de vente stipulé payable postérieurement au transfert de propriété peut être liquidé à la date du paiement.

Pourtant on ne saurait contester que les stipulations de rapport de la valeur à la date du partage ou de l'ouverture de la succession font figure d'exceptions. Elles sont parfaitement régulières, sans doute; mais parce que, la théorie des risques n'étant pas d'ordre public, les parties sont libres d'attribuer la charge à leur gré. Elles opèrent un transfert indirect des risques, en déterminant la date d'évaluation. Il s'agit de l'application de la liberté contractuelle. Cela ne permet pas de nier qu'à défaut de stipulation c'est le principe traditionnel du transfert des risques lié au transfert de la propriété, qui détermine la date d'évaluation.

135. — La système légal de calcul du montant du rapport en moins prenant est en parfait accord avec l'effet translatif de l'avancement d'hoirie rapportable en simple valeur. Mais le lien existant n'est pas un lien nécessaire. Aussi bien n'est-ce pas ce raisonnement de droit pur qui a déterminé l'établissement du mode d'estimation légal, mais des considérations d'opportunité[1]. En 1804 le législateur visait, en réglementant le rapport des meubles, à ne pas faire supporter aux cohéritiers les moins values du bien qui résultent de son usage. En 1938, il était soucieux d'éviter à l'héritier soumis au rapport la variation de sa dette, afin d'assurer sa sécurité[2].

C'est donc sans difficulté que, pour remédier aux méfaits de l'estimation du rapport au jour de la libéralité, les parties peuvent choisir une autre date, plus favorable à l'égalité que l'organisation de l'avancement d'hoirie doit s'efforcer de réaliser.

135[1]. Donnier, th. cit. 131[2], pp. 105-119.

135[2]. Encore que ce ne soit pas là l'élément moteur de la réforme, qui est encore plus contingent: l'harmonisation des règles du rapport avec celles de la donation-partage, modifiées dans le sens d'une stabilisation de la situation des gratifiés. *V.* Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse Grenoble 1960, éd. Paris 1961, n° 59, pp. 94-95; Voirin, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938..., Lois Nouvelles 1938.1.29 n° 6; Boulanger, art. cit. 129[1], D.H. 1938, Chr. p. 45.

§ 3. — Les remèdes à l'inégalité.

136. — L'examen des causes de l'inégalité qui résulte du système légal de calcul du montant du rapport démontre que le déséquilibre provient de la dispersion des estimations des biens qui entrent en compte pour la liquidation de la succession. Le bien qui a fait l'objet de l'avancement d'hoirie est évalué à la date de la libéralité, tous les autres biens le sont au jour du partage final. Pour que l'avancement d'hoirie puisse s'intégrer sans dommages au règlement héréditaire et tenir honnêtement le rôle d'opération de partage qui est le sien, il faut rapprocher son évaluation de celle des autres biens. Seule l'estimation à la date du partage est pleinement satisfaisante. L'évaluation à la date de l'ouverture de la succession laisserait au gratifié les plus ou moins values, parfois considérables, qui interviennent entre le décès et le partage; son imperfection est illustrée par le soin que met la jurisprudence, soucieuse d'égalité véritable, à rassembler chaque fois qu'un texte formel ne s'y oppose pas toutes les évaluations, jadis faites à l'ouverture, au jour du partage.

La technique la plus directe pour obtenir l'égalité recherchée consiste pour les parties à la donation ou pour le testateur à stipuler un calcul du rapport différent de celui que prévoit la loi. A défaut, l'égalité peut cependant se trouver rétablie dans une certaine mesure, s'il intervient l'imputation de l'avancement d'hoirie sur la réserve globale. Mais il ne faut pas compter sur une réévaluation automatique du rapport, que mettrait en œuvre la jurisprudence, ainsi que certains auteurs le proposent.

A. — Les modifications volontaires du calcul du rapport:

137. — Il est au pouvoir du disposant de stipuler dans l'acte libéral une évaluation du bien qui assure davantage l'égalité que le système légal. L'article 860 du Code Civil réserve expressément cette faculté, dont la licéité ne fait aucun doute. Le plus simple et le plus efficace consiste à prescrire que le rapport se fasse de la valeur du bien à la date du partage[1]. Ainsi le disposant peut être assuré que tous les cohéritiers participeront également à toutes les fluctuations des biens soumis au partage, tant actuel (quant aux biens existant dans la succession) qu'anticipé (quant au bien déféré par la libéralité). Le résultat du rapport en nature est rétabli, en valeur du moins, sans que subsistent les inconvénients de ce mode de restitution[2]. La jurisprudence est favorable à cette clause. Les juges du fond peuvent interpréter la déclaration du testateur qu'il veut l'égalité entre ses héritiers comme une fixation implicite de l'estimation du bien rapportable à la date de partage[3]. La détermination

---

137[1]. C'est-à-dire à la date fixée pour la jouissance divise.

137[2]. Cf. Catala, th. cit. 129[4], n° 150-152 et 167-169.

137[3]. Civ. 11 juin 1952, *De Grandcourt*, Bull. Cass. Civ. 1952.1.165, J.C.P. 1952.4.4118.

à forfait du montant du rapport, selon ce que le disposant estime devoir être la valeur du bien à l'époque du partage, est également possible. Mais la méthode est hasardeuse et elle soulève des difficultés[4].

Si la libéralité porte sur une somme d'argent, la stipulation de déplacement de la date d'évaluation est inefficace[5].

Le nominalisme monétaire fait que la valeur de la libéralité est immuable, identique au jour de la donation, au jour du décès et au jour du partage. Pourtant les espèces ont servi à l'héritier gratifié à faire entrer dans son patrimoine un bien qui a augmenté de valeur ; le donateur a parfois même payé directement le prix du bien, qui a été acquis au nom de donataire. L'inégalité entre héritiers est aussi sensible que dans les autres hypothèses.

Peut-on considérer que c'est l'objet acquis avec les deniers du donateur, qui a été donné et qui est soumis au rapport ? Certainement. Les tribunaux, encouragés par la Cour de Cassation, savent découvrir dans ces circonstances une donation déguisée, issue de la contraction de la donation de la somme d'argent et de l'acquisition du bien[6]. Mais cette jurisprudence n'apporte aucun remède direct au déséquilibre[7] : même si l'on considère que c'est le bien qui est donné, il n'est rapporté que pour sa valeur au jour de la donation, c'est-à-dire pour la somme qui a servi à son achat ; et encore faut-il qu'on ne voie pas dans le déguisement l'indication d'un préciput. Il faudrait, pour que l'analyse soit utile, que le déguisement entraîne l'annulation de la donation, car il y aurait alors restitution réelle du bien donné. Mais les cas sont rares (art. 911 et 1099 C.civ.). On peut aussi trouver à la contraction des opérations l'intérêt indirect de permettre la stipulation d'un rapport portant sur la valeur au partage du bien acquis avec l'argent donné. Mais un tel détour n'est utile que si l'on n'admet pas l'indexation franche du rapport des libéralités portant sur des sommes d'argent.

Il ne saurait être question d'indexer le rapport sur un indice général ; ce serait la situation prohibée par l'article 79 alinéa 3 de l'ordonnance du 30 décembre 1958. Mais rien ne s'oppose, semble-t-il, à ce que le disposant oblige au rapport de la valeur actuelle du bien acquis grâce à la somme donnée, dans la mesure bien entendu où il existe une trace de l'emploi des fonds, ce qui n'est pas le cas général... Il s'agirait d'un indice présentant la relation directe qu'exige la loi avec l'objet de la convention, qui est de permettre au donataire d'acquérir le bien ; on admet de même le prêt indexé sur l'objet que son montant sert à payer[8].

---

134. *V. infra* n° 145-165.

135. Catala, th. cit. 129, n° 154-162.

136. Cf. Voirin, obs. au J.P.C.N. 1950.2.5679, point I, et les références citées par cet auteur.

137. *Contra:* Catala, th. cit. 129, n° 157-158.

138. Savatier, *La nouvelle législation des indexations*, D. 1959, Chr. p. 68, n° 24, et note au D. 1962.J.217, point III.

138. — Lorsque l'acte libéral ne contient aucune clause de correction de l'évaluation du montant du rapport, il est encore possible de remédier au déséquilibre entre héritiers par des dispositions ultérieures.

Le disposant peut gratifier les héritiers désavantagés par les fluctuations économiques et monétaires de sommes qui compensent l'avantage de leur cohéritier alloti par l'avancement d'hoirie[1]. La donation se prête mal à cette opération, car le donateur ne peut pas connaître exactement d'avance le montant de ce qu'il doit donner; or la donation doit comporter une indication chiffrée. Le testament permet de faire des legs, dont le montant est déterminé par des variables qui ne seront connues qu'après le décès; il existe dans la pratique des formules parfaitement au point[2]. Mais, ces libéralités étant nécessairement préciputaires, leur ampleur est limitée à la quotité disponible, qui n'est d'ailleurs même pas toujours intacte lorsque le disposant décide d'opérer. De plus le système est complexe.

La modification du mode de calcul du rapport est beaucoup plus tentante[3]. Mais, si le changement des stipulations d'un testament par un testament postérieur ne fait pas de difficulté, la retouche des clauses d'une donation entre vifs s'opère moins facilement[4].

S'agissant d'un contrat, il ne peut être modifié que par l'accord des parties; de plus, cet accord doit revêtir les formes de l'acte de donation, en vertu de la règle de concordance. Or il serait assez extraordinaire que le donataire accepte de concourir à un remaniement, qui doit lui faire perdre le produit, généralement positif, des fluctuations de la valeur de son bien. Le disposant n'a pas la ressource d'opérer par testament, car cet acte unilatéral est inapte à modifier l'acte consensuel[5]. Le testament ne peut modifier le régime convenu du rapport que dans le cas bien précis où il établit un préciput, conformément à l'article 919 alinéa 2 du Code Civil, parce qu'il s'agit alors de faire une libéralité supplémentaire. Or la substitution du jour du partage au jour de la donation comme

---

138[1]. Catala, th. cit. 129[4], n° 167.

138[2]. Précigout, *Rétablissement de l'égalité entre avancements d'hoirie déséquilibrés par la dévaluation monétaire*, R.G.N. 1957 art. 27567.

138[3]. Précigout, *Rapports à succession. Modification des modalités avant ou après le décès du donateur*, J.C.P.N. 1963.1.1802, n° 13-14.

138[4]. Voirin, obs. au J.C.P. 1941.2.L700, sous Civ. 10 mars 1941, *Aufauvre*; et *infra* n° 316.

138[5]. Un arrêt de la Cour de Cassation - Civ. 27 déc. 1949, *Valque*, J.C.P.N. 1950.2.5679, obs. Voirin - a admis l'indexation par testament du rapport d'une somme d'argent donnée entre vifs. Mais cette décision d'espèce se fonde sur l'existence d'une clause pénale privant le gratifié de la quotité disponible s'il conteste l'indexation unilatérale; or celui-ci admettait la stipulation; et cette clause est valable, car la disposition, dont elle tend à assurer l'exécution, n'est pas atteinte de nullité absolue comme contraire à l'ordre public.

L'introduction d'une clause pénale permet donc au donateur de remédier par testament à la dévaluation du rapport, avec quelque chance d'efficacité...

date d'estimation du bien rapportable se traduit presque à coup sûr par une augmentation du rapport; les hypothèses dans lesquelles on peut y voir une dispense partielle de rapport son rarissimes[6].

La modification conventionnelle s'analyse, comme toute convention sur le rapport, en un pacte sur succession future. On peut cependant estimer qu'elle est licite, car on ne conçoit pas que la stipulation relative au montant du rapport soit traitée de façon différente selon qu'elle est introduite dans le contrat de donation ou dans un avenant à ce contrat[7]. Mais le pacte est soumis à un régime strictement précisé par la loi: la forme des donations est exigée[8].

A défaut d'accord entre donateur et donataire, il reste aux héritiers soucieux d'égalité la possibilité de convenir après le décès d'une réévaluation du rapport[9]. Cette convention bénéficie d'un traitement de faveur de la part de l'Administration de l'Enregistrement[9]. Mais elle se heurte à une réticence sensible des parties, qui sont peu enclines à abandonner les avantages que l'organisation légale du rapport leur procure.

De toute façon, lorsqu'une modification du calcul du rapport intervient, elle est établie, de façon générale, en fonction de la valeur du bien à l'époque du partage. Les variantes sont nombreuses, car tout mécanisme rattachant le rapport au bien tel qu'il serait évalué lors de la liquidation s'il figurait encore dans la succession, assure l'égalité recherchée. Tel est aussi le cas de l'imputation de l'avancement d'hoirie sur la réserve globale.

B. — Les effets de l'imputation sur la réserve globale:

139. — On sait que la réduction des libéralités qui excèdent ce dont il est permis de disposer se fait en suivant étroitement la valeur du bien à l'époque à laquelle elle intervient, c'est-à-dire, au temps du partage[1]. Elle porte, soit sur la fraction excédentaire du bien, si elle s'opère en nature, soit sur la valeur de cette fraction établie d'après l'estimation du bien au jour de la liquidation, si elle s'opère en valeur. La conséquence de ce système est que, dans la mesure où la libéralité est réduite, les héritiers réservataires participent aux fluctuations advenues au bien jusqu'au

---

138[6]. M. Précigout, art. précité 138[3], n° 14 *in fine*, suggère la modification testamentaire du rapport, par le jeu d'un legs au donataire assorti de la charge de rapporter la donation sur la base de sa valeur à la date du partage. Mais cet auteur remarque aussitôt qu'il serait facile au donataire de s'exonérer de la charge en renonçant au legs. En fait la répudiation est fatale, car. pour ne pas accroître le déséquilibre auquel il veut porter remède, le disposant doit établir une charge supérieure au legs.

138[7]. *V. infra* 314[3].

138[8]. *Infra* n° 316.

138[9]. *Infra* n° 354.

139[1]. *V. infra* n° 206.

partage et bénéficient d'une égalité véritable. En cas d'avancement d'hoirie le phénomène ne se manifeste que lorsque la réduction vient se substituer au rapport.

Dans le système d'imputation de l'avancement d'hoirie sur la part de l'héritier gratifié dans la réserve, augmentée de toute la quotité disponible, la réduction ne trouve presque jamais l'occasion de jouer; le rapport intervient seul, le plus souvent[2]. Le bénéficiaire de la libéralité rapportable profite de toutes les plus values du bien, à concurrence de sa part réservée et du disponible cumulés. Les conséquences de la réglementation légale de l'avancement d'hoirie quant à l'égalité entre héritiers ne sont pratiquement pas affectées.

Dans le système de l'imputation sur la réserve globale, qui, croyons-nous, s'impose[3], les droits des cohéritiers sont bien davantage sauvegardés. Car, dès lors qu'il n'existe pas suffisamment de biens libres dans la succession pour nantir les cohéritiers de leur réserve, ils prélèvent celle-ci sur l'avancement d'hoirie, qui risque d'être réduit jusqu'à ne laisser au gratifié que sa propre part de réserve. Grâce à la substitution de la réduction proportionnelle au rapport fixe, les réservataires obtiennent une part de réserve égale à celle de leur cohéritier gratifié. Dans cette mesure l'avancement d'hoirie, même soumis à la réglementation légale, ne nuit pas à l'équilibre héréditaire. A la limite l'égalité peut être à peu près complètement rétablie, lorsqu'il ne reste aucun bien libre dans la succession et que l'avancement d'hoirie correspond au montant de la masse réservée; elle ne l'est pas totalement, car le rapport légal subsiste à concurrence de la part de réserve du gratifié et il fausse légèrement la répartition[4]. Inversement l'inégalité subsiste totalement lorsqu'il existe suffisamment de biens libres pour nantir les réservataires, ou presque totalement lorsque l'avancement d'hoirie, excédant la réserve globale, déborde sur la quotité disponible et n'est plus astreint qu'au rapport

L'amélioration de l'équilibre, sans intervention du disposant, est partielle et limitée. Peut-on espérer que la réévaluation automatique s'étende au delà? Certains auteurs ont fait des propositions en ce sens.

C. — Les propositions de réévaluation automatique du rapport:

140. — Le remède le plus commode à l'inégalité que fait naître le calcul légal du rapport en moins prenant tiendrait en une réévaluation

---

139[2]. *Supra* nº 72.

139[3]. *Supra* nº 52-57.

139[4]. Exemple: Soit une masse de calcul (art. 922) de 120, 2 enfants, un avancement d'hoirie de 80 valant 200 au temps du partage, et aucun bien libre. La libéralité est réduite de 1/2, soit 100. La masse partageable comprend: le rapport (40) + la réduction (100) = 140, dont il revient 1/2 à chacun, soit 70. Le gratifié reçoit son rapport de 40, plus 30; son frère reçoit 70. Or la valeur réelle de ce qu'obtient le gratifié est de 100 (1/2 du bien) + 30 = 130, alors que le cohéritier n'obtient que 70. Le déséquilibre est de 60, alors qu'il aurait pu atteindre 200 — 40 = 160 (valeur réelle du bien, moins rapport effectif). *Adde: infra* nº 209.

automatique, que la jurisprudence appliquerait lors du règlement final de la succession, de même qu'elle réévalue le montant de la réduction en fonction de l'estimation au partage du bien donné.

141. — L'exemple de la réduction est contagieux. M. le Doyen SAVATIER souligne le parallèlisme qui existe entre rapport et réduction[1]. Tous deux sont dus à compter du jour de l'ouverture de la succession, en valeur généralement. L'article 860 du Code Civil prescrit la remise dans la succession de la valeur du bien rapportable à la date de la libéralité, de même que l'article 922 du Code Civil réintègre à la masse la valeur de l'objet de la libéralité appréciée au même moment. Or, selon cet auteur, le système de la réduction proportionnelle est l'expression du principe, général en jurisprudence, que les droits respectifs des héritiers dans la succession se figent à l'ouverture en des quote-parts établies selon les règles légales et indifférentes aux divergences qui peuvent ultérieurement surgir entre les valeurs des biens déjà acquis aux gratifiés et des biens restés dans le patrimoine du *de cujus*. Dès lors la proportion de la masse, que représente le rapport, ne doit plus pouvoir se modifier jusqu'au partage. Pour calculer le montant qui entre en compte dans la liquidation-partage, tous les éléments de la masse seront réévalués et on appliquera au total obtenu la proportion définie, de la même façon qu'on opère pour l'établissement du chiffre de la réduction en valeur[2].

Malheureusement le système de M. SAVATIER souffre de reposer sur une conception erronée de la réduction proportionnelle que pratique la jurisprudence. Elle ne consiste ni à réévaluer toute la masse pour conserver une proportion constante entre la valeur de la partie réductible de la libéralité et la valeur de cette masse, ni à se borner à n'appliquer la réévaluation qu'à la période comprise entre l'ouverture de la succession et le partage; elle consiste au contraire à réévaluer seulement le bien soumis à la réduction, de sorte que ce soit une quote-part constante du bien qui retourne aux héritiers réservataires, et à le réévaluer à partir du jour de la libéralité[3]. Au surplus l'idée d'une fixation des droits des héritiers en des quote-parts ne repose sur aucun appui en ce qui concerne le rapport; le Code conçoit celui-ci comme une somme et non comme une quotité de la succession.

C'est sur une méprise semblable que repose l'intéressant système proposé par M. de la MARNIERRE[4]. Il s'agirait, dans un premier temps, d'établir quelle quotité de la masse successorale, évaluée au décès pour les biens existants et à la date de la libéralité pour les biens rapportables, représente le bien transféré en avancement d'hoirie, et de déterminer

---

141[1]. SAVATIER, note au D. 1963.J.217, point III.
141[2]. SAVATIER, obs. R.T.C. 1952, pp. 251-252.
141[3]. *V. infra* n° 206.
141[4]. E.S. de la MARNIERRE, note au D.S. 1965.J.515, sous Paris 23 oct. 1963, *De P...*

ainsi quel pourcentage des biens figurant effectivement dans la masse à partager il faut encore fournir à l'héritier gratifié pour qu'il se trouve rempli de ses droits héréditaires. Dans un deuxième temps, lors du partage, on réévaluerait les biens existants, et on les attribuerait à l'héritier gratifié pour leur valeur actuelle à concurrence de la proportion établie. En somme le précompte intervient non pour une somme fixe, mais pour un pourcentage. Les choses se passent comme si l'héritier gratifié rapportait à la masse une somme indexée sur la valeur des biens figurant matériellement dans la succession. De la sorte, le rapport est réévalué, et les cohéritiers sont, le plus souvent, dédommagés.

Sur le plan théorique l'avantage du système tient à ce que les fluctuations réelles de la valeur du bien donné ne sont pas prises en considération. Cela satisfait le principe qui justifie la fixité du rapport: le transfert des plus ou moins values au gratifié, seul propriétaire du bien depuis la libéralité. Le gratifié étant héritier, il est par contre en droit de subir les fluctuations de la valeur des autres biens héréditaires.

Le système a été suggéré à son auteur par une interprétation erronée — assez semblable à celle de M. SAVATIER — de la jurisprudence relative à la réduction proportionnelle[5]. Pour l'éminent notaire, il y aurait lieu de calculer la récompense en fonction du pourcentage de la valeur des biens restés dans la masse que représente l'excédent. Mais là n'est pas le vice: la conception du rapport présentée est parfaitement valable en soi; elle pourrait être retenue en législation. L'obstacle tient à ce qu'actuellement elle heurte de front le système du rapport en valeur, qui opère sur des sommes et non sur des quote-parts; de plus, à défaut de clause contraire, ces sommes sont fixes.

142. — Quant à la transposition en matière de rapport de la réduction proportionnelle telle qu'elle est réellement pratiquée, elle est impossible. Car le fondement, qui justifie la réévaluation du bien en cas de réduction, fait défaut en cas de rapport[1]. Cette réévaluation repose sur le maintien du principe de la réserve en nature et sur la persistance, comme règle de base, de la réduction en nature, dont la réduction en valeur ne doit être qu'un substitut exact[2], conformément au principe de l'équivalence des résultats entre les deux branches d'une alternative ouverte à un débiteur[3]. En matière de rapport, le principe est désormais l'exécution en moins prenant; le rapport en nature constitue une exception, dont les résultats ne peuvent servir de référence pour le calcul du montant du rapport en valeur. La jurisprudence, consciente de l'impossibilité

141[5]. Interprétation fondée elle-même sur un arrêt erroné isolé: Angers 3 déc. 1952, *De G...*, D.S. 1965.J.520, sous Paris 23 oct. 1963, note E.S. de la MARNIERRE, R.T.C. 1965.842 obs. SAVATIER.

142[1]. MEURISSE, note au S. 1963.J.129, point III.

142[2]. *V. infra* n° 206.

142[3]. Cf. CATALA, *La jurisprudence, gardienne de l'égalité successorale*, D. 1962, Chr. p. 103.

d'une équivalence, refuse au donataire toute option entre le rapport en valeur et le rapport en nature[4]. De plus, la prescription de l'article 860 du Code Civil, fixant le montant du rapport à la valeur du bien au jour de la libéralité, est particulièrement claire. Aussi les tribunaux sont-ils insensibles à toute sollicitation sur ce terrain[5]. C'est d'ailleurs à l'article 860 que se heurte une autre proposition de réévaluation automatique.

143. — On peut songer à aborder le problème de la correction de l'inégalité issue du rapport en valeur légal, de manière très directe. Le déséquilibre afférent à l'avancement d'hoirie choque, parce que ce type de libéralité opère un allotissement et que le rapport est une opération qui s'intègre au partage. Il serait logique que le calcul du rapport obéisse aux règles d'évaluation des biens dans le partage. Pourquoi ne se conformerait-on pas à ces règles ? L'esprit de l'institution est incontestablement de reconstituer la masse partageable. M. PATARIN défend ce point de vue, mais en le limitant à la partie de l'avancement d'hoirie qui est comprise dans la réserve, qu'il importe tout particulièrement de rétablir exactement[1].

Ce raisonnement se heurte directement à la loi. L'article 860 du Code Civil ne laisse place à aucune initiative doctrinale ou jurisprudentielle: le montant du rapport se détermine d'après l'estimation du bien à l'instant de la libéralité. Etablir l'évaluation au jour du partage, par quelque raisonnement que ce soit, reviendrait à considérer ce texte comme inexistant. On est loin d'une interprétation. Le texte est clair et l'intention du législateur est bien connue: figer le rapport, éviter toute variation de son montant. Sans doute le résultat est-il contraire à l'esprit de l'institution. Mais il est obligatoire.

144. — Le seul moyen d'obtenir une réévaluation sans intervention du disposant est d'ordre législatif. Seule une loi peut modifier la prescription précise établie par les réformes de 1938. Nombreux sont aujourd'hui ceux qui estiment qu'il serait judicieux de remanier la loi dans le sens de la fixation du montant du rapport d'après l'estimation du bien au temps du partage[1]. Et la modification paraît appelée à intervenir dans un proche

---

142[4]. Rennes 19 oct. 1955, *Le Nezet*, J.C.P. 1956.2.9457, obs. VOIRIN, et D. 1955.J.801.

142[5]. Paris 23 oct. 1963, *De P...*, D.S. 1965.J.514, note de la MARNIERRE. Mais cet arrêt, s'il refuse la transposition de la réduction proportionnelle, se laisse entraîner par les circonstances de l'affaire à découvrir en l'espèce une clause implicite d'évaluation du rapport à la date du partage.

143[1]. PATARIN, *La réduction des donations rapportables en moins prenant, faites à un héritier réservataire acceptant la succession*, R.G.N. 1960, art. 27956, pp. 345-349.

144[1]. *V.* CHOTEAU, *Le rapport, mode unique de réduction des libéralités adressées à un successible*, J. N. 1949, art. 42741, p. 247; CATALA. th. cit. 129[4], n° 169-170.

Et voir, quant aux milieux parlementaires et gouvernementaux: réponses du Ministre de la Justice, 13 mai et 4 nov. 1964 (J.O., Débats Parlementaires, Assemblée Nationale, pp. 1166 et 4463-4464, et J.C.P.N. 1964.4.3745 et 3810).

avenir[2]. Il serait toutefois souhaitable que le nouveau texte prenne soin d'éviter au donataire le désagrément d'avoir à rapporter une valeur qui fluctue entre les mains d'autrui, lorsque le bien a fait l'objet d'une sous-aliénation, en arrêtant dans ce cas la dette à l'estimation au jour de la cession. Le système a été retenu par la Commission de Réforme du Code Civil[3].

En attendant la réforme législative, les remèdes à l'inégalité flagrante, qui résulte de l'organisation actuelle de l'avancement d'hoirie, restent au pouvoir du disposant. Celui-ci peut être animé de cette intention louable lorsqu'il prescrit un rapport forfaitaire, créant ainsi le plus souvent une inégalité incontestable, et établissant une situation délicate à analyser.

Section II

LES PROBLÈMES DU RAPPORT FORFAITAIRE

145. — Le rapport forfaitaire se définit par la fixation immuable du montant du rapport à une valeur absolue exprimée numériquement [1-2].

Le rapport forfaitaire est une institution bien établie (§ 1), quoique les résultats de l'opération soient très originaux comparativement à ceux du rapport ordinaire (§ 2), et qu'ils conduisent à des analyses fort subtiles et souvent artificielles (§ 3). En réalité il mérite une appréciation sévère (§ 4).

§ 1. — Existence et admission du rapport forfaitaire.

La fixation à forfait du montant du rapport est d'une pratique courante; et elle ne se heurte à aucun obstacle de droit apparent, si bien que sa validité n'est pas contestée.

144[2]. Une proposition de loi, déposée par le sénateur Jozeau-Marigne, a été adoptée en première lecture par le Sénat le 24 juin 1965 (J.O., Déb. Parl. Sénat, 25 juin 1965, p. 836).

144[3]. Travaux 1953-1955, pp. 273-275 et 292-293.

145[1]. Toute indication d'un chiffre dans l'acte ne vaut pas forfait; ce peut être aussi un mode de détermination de la fraction rapportable d'une libéralité mixte, partiellement avancement d'hoirie et partiellement préciput. Cf. Civ. 15 juin 1960, *Dubost*, J.C.P. 1961.2.11969, obs. Voirin, D. 1961.J.508, note Meurisse.

145[2]. Nous envisageons le rapport du bien donné lui-même; mais tout ce qui en est dit peut être appliqué directement au rapport forfaitaire des intérêts du bien donné en avancement d'hoirie, puisqu'il est admis que les intérêts peuvent être rapportés comme le bien lui-même. *V.* Vialleton, obs. Revue Critique 1926, p. 59, sous Trib. civ. Marseille 17 janv. 1925, *Guichard*.

A. — La pratique du forfait:

146. — La fixation à forfait du rapport était une clause usuelle avant la généralisation du rapport en moins prenant. L'abondance de la jurisprudence, concernant les donations et les legs respectivement antérieurs aux réformes de 1938 et de 1898 en témoigne[1].

Il semble que le rapport forfaitaire se confondait largement dans l'esprit des juristes de l'époque avec la stipulation de rapport en moins prenant. C'était essentiellement celui-ci qu'ils défendaient contre les critiques adressées au rapport forfaitaire. L'originalité du système du forfait était masquée par celle du rapport en valeur, lui-même dérogatoire aux règles légales[2]. Les intéressés décidaient le rapport en moins prenant pour sa commodité, puisqu'à la différence du rapport en nature il permettait au gratifié de conserver ou d'obtenir le bien lui-même, c'est-à-dire d'assurer la sûreté du donataire ou du légataire. Pour que cette tranquillité fût parfaite, ils fixaient le montant du rapport, plutôt que d'encourir les surprises que réserve le rapport de la valeur du bien au temps du partage ou du décès; les méfaits de ce dernier système étaient bien connus par l'examen du rapport en moins prenant légal consécutif à l'aliénation de l'immeuble donné. Sans doute les parties pouvaient-elles convenir du rapport de la valeur du bien à la date de la libéralité, mais la détermination de cette valeur risque de prêter à discussion, d'autant plus que l'expertise ne sera demandée qu'après le décès et qu'une expertise rétroactive est délicate. Elles préféraient donc fixer le chiffre qu'elles croyaient représenter la valeur du bien à l'instant de la libéralité. Le rapport forfaitaire constituait la forme ordinaire du rapport en moins prenant[3].

147. — Depuis la généralisation du rapport en moins prenant calculé selon l'estimation du bien au temps de la libéralité, le forfait a perdu la plus grande partie de son utilité: la stabilité de la situation du gratifié est assurée par la réglementation légale. Aussi constate-t-on sa régression[1].

146[1]. Références *infra* 149[1].

146[2]. Demolombe, t. 16, n° 527; Laurent, t. XI, n° 26; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 2864 et 2872; Dumas, rapport sur Req. 2 mars 1936, *D'Uzès*, D. 1936.1.111; Savatier, obs. R.T.C. 1936, p. 714, sur le même arrêt.

146[3]. Lorsque le notaire voulait rédiger une clause de rapport en moins prenant parfaitement claire, il utilisait la même formule dans le cas du rapport de la valeur du bien au jour de la donation et dans celui du rapport forfaitaire, comportant toujours une stipulation de préciput de l'excédent du montant légal du rapport sur la valeur convenue; le rapport de la valeur à la date de la donation était considéré comme aussi anormal que le forfait. Cf. Civ. 4 août 1908, *Berthault*, D. 1909.1.185, S. 1909.1.5.

147[1]. Catala, th. cit. 129[4], n° 153.

Toutefois le souci d'éviter les contestations autour de l'estimation, que requiert le système légal, peut inciter au forfait. Il peut s'y joindre parfois la pensée de faire l'économie des frais d'expertise[2]...

Le disposant peut juger aussi que le rapport de la valeur du bien au temps de la libéralité ne correspond pas à l'égalité véritable, et vouloir rétablir celle-ci, sans faire courir à l'héritier gratifié ou à ses cohéritiers les risques inhérents au calcul du rapport au temps du partage. En effet ce rapport peut amplement fluctuer; il peut même tomber à néant; or le donateur peut désirer que les risques de la chose soient pour le gratifié, comme dans le rapport légal, mais en assurant davantage l'égalité[3]. Evidemment à ce dernier point de vue l'opération est fort hasardeuse.

Par ailleurs nous aurons l'occasion de relever que le rapport forfaitaire se révèle apte à des utilisations bien détournées...

B. — Admission en droit:

148. — La fixation à forfait du rapport ne se heurte à aucun obstacle de droit, qui soit apparent.

La rédaction actuelle de l'article 860 du Code Civil réserve la possibilité de toute stipulation contraire au mode légal d'évaluation du rapport. Le libellé de ce texte est très général et il couvre certainement la clause de forfait[1]. De plus l'article 860 n'est que l'expression d'un principe général admis de tous temps: le disposant est maître du rapport. De même qu'il peut l'imposer ou en dispenser, il peut le réglementer. Les textes en la matière ne sont pas impératifs. Le donateur ou testateur peut choisir le mode d'exécution du rapport; on admet même aujourd'hui que cette liberté l'autorise à imposer le rapport en nature des meubles. Il peut tout aussi bien fixer la somme rapportable. Avant le remaniement de l'article 860 du Code Civil en 1938, ce raisonnement suffisait à faire admettre le forfait[2].

Quant à l'appel à la prohibition des pactes sur succession future, qu'on lance parfois à propos du rapport forfaitaire sans approfondir l'analyse suggérée[3], il ne semble pas éveiller d'écho. Au premier abord

---

147[2]. Deyzac, note au J.N. 1935, art. 38426, sous Trib. civ. Arras 30 janv. 1935, *Houllier*; Javon, note au J.N. 1935, art. 38617, sous Trib. civ. Abbeville 4 juin 1935, *Deneux*; Savatier, obs. R.T.C. 1936 p. 714 sous Req. 2 mars 1936, *D'Uzès*; Depierrois, note au R.G.N. 1955, art. 27357, sous Trib. civ. Lorient 4 janv. 1955, *Le Nezet*.

147[3]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2924; Javon, note précitée 147[2].

Le rapport forfaitaire tente de concilier deux principes de l'avancement d'hoirie actuellement bien connus: le transfert de propriété anticipé au donataire, entraînant la charge des risques, et la sauvegarde de l'égalité successorale.

148[1]. Rennes 19 oct. 1955, *Le Nezet*, J.C.P. 1956.2.9457, obs. Voirin, D. 1955.J. 801. *Contra:* Savatier, obs. R.T.C. 1956, p. 167, sous cet arrêt, qui estime que l'art. 860 n'autorise qu'une indication de date et non de chiffre; cet auteur a abandonné ultérieurement ce point de vue: note au D. 1962.J.217, point III.

148[2]. Trib. civ. Romorantin, 2 mars 1948, *Ponroy*, G.P. 1948.2.87, et sur appel Orléans 9 fév. 1949, G.P. 1949.1.237, J.C.P. 1949.2.5062, obs. Roubier, S. 1950.2.55.

148[3]. Savatier, obs. R.T.C. 1936 p. 714, sur Req. 2 mars 1936, *D'Uzès*, et R.T.C 1956, p. 167, précité 148[1].

le pacte sur succession future, qu'on rencontre probablement dans toute convention d'avancement d'hoirie[4], ne semble pas présenter d'originalité particulière en cas de forfait. La clause doit donc bénéficier de l'autorisation qui valide les autres stipulations sur la détermination du rapport, si tant est que celles-ci constituent des pactes successoires. La jurisprudence n'a pas retenu la critique, alors même qu'elle ne rejetait pas d'emblée l'idée de découvrir un pacte sur succession future dans l'avancement d'hoirie.

149. — Aussi le rapport forfaitaire a-t-il été admis sans difficulté, sous réserve de quelques hésitations concernant les utilisations anormales du procédé. Celles-ci sont d'ailleurs rares; nous les retrouverons. Avant 1938, la doctrine et la jurisprudence étaient unanimes[1], elles le sont restées depuis[2]. Pourtant les résultats du forfait sont fort différents de ceux de tout autre mode de calcul du rapport.

§ 2. — L'originalité des résultats du forfait.

150. — Le système du forfait produit des conséquences fort éloignées de celles qu'on attend logiquement du rapport de l'avancement d'hoirie, et l'égalité n'est pas réalisée, même en apparence. La mesure de l'ampleur de la déviation opérée par rapport au calcul normal n'est pas facile à prendre, car la clause est complexe et comporte en elle-même ses propres normes.

A. — Différence avec le rapport ordinaire:

151. — Le rapport a pour fonction de résorber la libéralité faite au successible dans la dévolution successorale *ab intestat*, de telle sorte qu'elle n'apparaisse que comme un acompte: l'avancement d'hoirie. Pour

---

148[4]. *V. infra* n° 308-356.

149[1]. Demolombe, Laurent, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. et loc. cit.* 146[2]; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd. 1905, t. 3, n° 2297.

Civ. 11 juill. 1883, *Biget de Rigaud*, D. 1883.1.444; Riom 9 déc. 1890, *De Clerval*, D. 1892.2.237, note anonyme; Riom 7 janv. 1891, *Pernin*, D. 1892.2.241, note anonyme; Req. 2 mars 1936, *De Crussol d'Uzès*, D. 1936.1.111, rapport Dumas, S. 1936.1.189, G.P. 1936.2.155, obs. Savatier R.T.C. 1936 p. 714; et décisions précitées.

Seule exception: Trib. civ. Bernay 5 nov. 1924, infirmée par Rouen 3 juill. 1925, Journal du Notariat 1927 p. 115, note Deyzac, relaté dans la note anonyme à la G.P. 1935.1.677 et la note Deyzac au J.N. 1935 art. 38426, décision qui repousse le forfait au nom de l'équité.

149[2]. Desbois, *Commentaire du décret-loi du 17 juin* 1938, D.P. 1938.4.364 *in fine;* Marty, *Les réformes récentes du droit successoral en vue de lutter contre le morcellement de certains biens et spécialement des exploitations rurales à caractère familial*, J.C.P. 1941.1.182, n° 27; Colin-Capitant, 9e éd., 1945, par Julliot de la Morandière, t. 3, n° 1242; Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2924; Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 622 bis; Vialleton, note au D. 1955.J.305.

Rennes 19 oct. 1955, *Le Nezet*, cité 148[1], avec les obs. Voirin et Savatier, et sur pourvoi: Civ. 29 juin 1961, J.C.P.N. 1961.2.12324, obs. Voirin, D. 1962.J.217, note Savatier, et obs. Savatier R.T.C. 1962, p. 143.

cela il remet le bien dans la masse successorale indivise, en nature ou en valeur. Ainsi chacun des cohéritiers, prenant sa part dans la succession, participe à l'émolument de la libéralité; l'égalité rompue est rétablie. Le rapport a donc nécessairement pour objet la chose donnée ou sa valeur. Le montant du rapport en moins prenant ne peut pas être quelconque; sinon il s'éloigne de la fonction de l'institution[1].

Or le rapport forfaitaire s'affirme absolument détaché de la valeur réelle du bien qui fait l'objet de l'avancement d'hoirie. C'est une somme fixe, abstraite. Le lien avec le bien existe peut-être en arrière-plan, mais la stipulation proclame l'intention des parties de n'en pas tenir compte.

Presque fatalement le forfait se trouve ne pas assurer la restitution à la succession d'une valeur qui permette l'égalité entre les héritiers. Tout d'abord, étant établi sans qu'intervienne une estimation attentive, son montant ne correspond pas, si ce n'est par l'effet du hasard, à la valeur du bien au temps où intervient la libéralité. L'égalité nominale, que procure le système légal de calcul du rapport, n'est pas atteinte. *A fortiori*, l'égalité réelle, qui s'apprécie d'après l'évaluation du bien au temps du partage, est-elle manquée; les fluctuations de valeur, qui interviennent entre l'instant de la confection de la libéralité et la liquidation, échappent à l'imagination la mieux inspirée; le disposant les ignore d'ailleurs le plus souvent de parti pris. Les dégâts, que risque de produire le rapport forfaitaire quant à l'égalité successorale, sont considérables; et surtout ils sont opérés de propos délibéré. Le calcul légal du rapport produit une inégalité, mais il se couvre d'une apparence de recherche de l'égalité. Au contraire la stipulation de forfait proclame que l'égalité véritable lui est indifférente.

Le rapport forfaitaire est le rapport ordinaire, égalitaire par nature, plus ou moins une différence, que le juriste doit s'efforcer d'analyser, d'expliquer, de qualifier, pour le faire rentrer dans les cadres du droit. Pour cela il faut d'abord déterminer concrètement le rapport ordinaire qui sert de base de comparaison, de norme. Or la recherche du rapport normal n'est pas aisée.

B. — Détermination de la différence avec le rapport normal:

152. — L'établissement du montant du rapport qui ferait de la libéralité un avancement d'hoirie pur et simple, assurant l'égalité entre les héritiers, se heurte à des difficultés tenant à la conception même de l'avancement d'hoirie normal. La notion de l'avancement d'hoirie parfait se révèle fuyante actuellement. La loi prétend la réaliser en posant le principe du rapport de la valeur du bien à la date d'intervention de la libéralité. Or nous savons que l'égalité, fin de l'institution, n'est véritablement réalisée que par l'évaluation à la date du partage. Le calcul

---

151[1]. Voirin, obs. au J.C.P. 1956.2.9457, point I, sous Rennes 19 oct. 1955, *Le Nezet*.

du montant du rapport selon l'estimation au temps de l'ouverture de la succession figure également dans la compétition; il constituait la règle légale avant les réformes de 1938, il peut par conséquent être pris encore aujourd'hui comme base d'un avancement d'hoirie correct, puisque la finalité de l'institution est restée la même; ce qui était valable sous l'empire du Code Civil originel ne saurait être absolument faux actuellement!

Avant 1938, le problème était sensiblement plus simple: la justesse du système légal d'évaluation au décès n'était pas mise en doute; on le tenait généralement pour l'expression de l'égalité parfaite. L'évaluation au jour du partage n'avait pas encore fait sentir sa nécessité[1]; elle était d'ailleurs souvent fort proche de celle du jour de l'ouverture. Le rapport de la valeur au jour de la donation était tenu, sauf quant aux libéralités portant sur les meubles, pour une aberration, c'est-à-dire le contraire d'une norme; c'est pourquoi l'on se préoccupait parfois d'analyser la différence entre lui et le rapport légal calculé au décès[2].

L'adoption, comme norme, des modes de calcul que prescrit la loi ne s'impose pas, car en matière de rapport la loi passe après la volonté des parties.

153. — Il faut admettre que le disposant peut déterminer la référence nécessaire à l'appréciation de l'originalité du rapport forfaitaire[1]. Ce n'est qu'une application de son pouvoir de fixer la date d'évaluation du rapport lorsqu'il fait un avancement d'hoirie correctement établi, dans lequel le montant rapportable correspond à la valeur réelle du bien. Le disposant choisit la date de l'estimation selon sa conception de l'égalité entre héritiers. Retenant l'une quelconque des trois époques critiques, il associe intégralement les héritiers à la libéralité et opère ainsi un avancement d'hoirie pur et simple. Etablissant un forfait, il arrête un chiffre, qui doit rejoindre le résultat numérique qu'il pense assurer l'égalité, ou qui doit s'en éloigner, si consciemment il détourne le rapport de son but d'égalité.

Il faut que le choix du disposant soit clairement précisé. La méthode du sondage psychologique risquerait de conduire aux plus graves méprises. Ainsi, sous prétexte que le forfait se révèle supérieur à la valeur au temps de la donation dans une époque de montée des prix, on déclarerait que les parties ont voulu se rapprocher de l'évaluation du partage, donc l'ont prise comme référence. En admettant que tel soit le but d'un forfait supérieur, ce qui n'est pas évident, rien ne prouve que les parties le savaient supérieur! La prise de position du disposant doit être indubitable.

152[1]. La contestation sur l'évaluation au décès ou au partage des libéralités antérieures à 1938 ne s'est élevée qu'après que le remaniement de la loi eût attiré l'attention générale sur l'importance des nuances dans le calcul du montant du rapport. Les arrêts relatifs au débat sont tous postérieurs à 1938; *v.* les références *supra* 134[6].

152[2]. Cf. Civ. 4 août 1908, *Berthault*, D. 1909.1.185, S. 1909.1.5.

153[1]. Voirin, obs. au J.C.P. 1956.2.9457, point I, sous Rennes 19 oct. 1955, *Le Nezet*.

154. — A défaut de volonté nettement apparente, il doit en aller de même que pour la détermination du rapport ordinaire: c'est l'estimation prescrite par la loi qui servira de norme[1]. La règle légale est supplétive, et par conséquent elle a vocation à s'appliquer chaque fois que la volonté des parties ne s'est pas manifestée. D'ailleurs il est fort possible que le disposant l'ait considérée comme apte à réaliser l'égalité. Les parties ont toujours tendance à faire confiance à la loi; et, même si aujourd'hui elles connaissent les méfaits du calcul du rapport au jour de la libéralité, elles peuvent croire à la stabilisation de la Monnaie et de l'économie.

La valeur de référence sera donc celle de l'objet de l'avancement d'hoirie à la date de la libéralité pour les actes postérieurs au décret-loi de 1938, et à la date du partage pour les actes antérieurs[2]. Le fait que le disposant n'a pu connaître que la valeur du bien au jour de la libéralité facilite sans doute l'admission de cette référence aujourd'hui. Mais il ne la rend pas nécessaire; la référence antérieure à 1938 porte sur une estimation inconnue des parties; le droit n'interdit pas les investigations dans le futur. Depuis 1938 cette manière de pari n'est plus l'œuvre que de la volonté consciente.

La base de réflexion étant déterminée dans toutes les hypothèses, le juriste peut s'attacher à analyser la libéralité rapportable à forfait.

§ 3. — Les analyses de l'opération.

155. — Une réaction extrême, mais naturelle, devant la libéralité rapportable forfaitairement consiste à nier l'appartenance de l'opération à la catégorie de l'avancement d'hoirie. Car son résultat est très éloigné de l'égalité que vise le véritable rapport. Certaines décisions de jurisprudence, appuyées par quelques auteurs voient plus ou moins nettement dans cet acte une vente du bien au successible avec prix payable après le décès du vendeur[1], ou encore une libéralité avec charge[2]. Mais la

---

154[1]. Voirin, *op. et loc. cit.* 153[1]; Meurisse, *Le rapport des donations*, G.P. 1962.2.Doctr. p. 78, 2e col., cpr. Savatier, note au D. 1962.J.217-IV A.

154[2]. Encore qu'on puisse discuter, d'une part la fixation de la césure au décret-loi, car pour nombre d'auteurs ce texte ne fait que mettre au clair les conséquences nécessaires de la réforme de l'art. 860 par la loi du 7 fév. 1938, et d'autre part la référence au jour du partage, puisque la question était controversée à l'époque et que les parties ont pu croire à la perfection de l'estimation au décès. Le premier débat présente un intérêt limité à quelques actes intervenus entre les deux textes; le second doit être résolu d'après la solution admise postérieurement en jurisprudence.

155[1]. Riom 9 déc. 1890, *De Clerval*, D. 1892.2.237, note anonyme; Trib. civ. Abbeville 4 juin 1935, *Deneux*, J.N. 1935, art. 38617, note Javon; Rennes 19 oct. 1955, *Le Nezet*, cité 142[4].

Demolombe, t. 16, n° 528; Savatier en 1926, R.T.C. 1926 p. 205.

155[2]. Req. 2 mars 1936, *De Crussol d'Uzès*, cité supra 148[1], arrêt dont les attendus sont repris par Trib. civ. St-Etienne 14 oct. 1937, *Robert*, R.G.N. 1938, art. 25099. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 622 bis *in fine*.

technique du rapport, qui est mise en œuvre, est absolument incompatible avec ces analyses, ne serait-ce que parce que le gratifié peut s'affranchir du rapport en conservant le bien par la renonciation à la succession[3].

Le plus souvent, pour faire rentrer l'opération dans un cadre de droit, on se limite à essayer de qualifier ce qui est en dehors de la normale; le surplus correspond à l'avancement d'hoirie ordinaire et ne pose pas de problème; l'opération est décomposée en deux éléments, c'est une analyse dichotomique. Mais une telle scission n'est-elle par artificielle? On peut préférer rechercher une qualification unitaire, tenant compte de l'irrégularité des résultats du forfait; c'est ce qu'on fait en insistant sur le rôle essentiel de l'aléa.

A. — L'analyse dichotomique:

156. — La libéralité assortie d'une stipulation de rapport forfaitaire constitue un avancement d'hoirie, puisque tel est le nom qu'elle se donne et surtout telle est la technique qu'elle utilise. Mais c'est un avancement d'hoirie plus ou moins la différence qui le sépare de la norme. Le problème est de déterminer la nature de cette différence, qui s'accole à l'avancement d'hoirie véritable. La fréquence du forfait inférieur à la norme a suscité une solution plus rapide pour ce cas que pour celui du forfait supérieur.

157. — *a*) La libéralité rapportable pour une valeur forfaitaire inférieure à la valeur de référence est traditionnellement déclarée partiellement préciputaire. C'est un avancement d'hoirie à concurrence du montant du forfait, et un préciput pour la partie qui n'est pas couverte par le rapport[1].

L'analyse est techniquement impeccable. Car le préciput partiel est un diminutif du préciput total, que le disposant aurait pu imposer; il est valable *a fortiori*. « Le donateur, qui avait la faculté de dispenser le donataire de tout rapport, n'a fait qu'un usage partiel et en conséquence légitime de ce droit »[2]. Et il est acquis que les dispenses de rapport n'ont pas besoin d'être expresses, il suffit que la volonté du disposant soit

---

155[3]. *V. infra* n° 460-479 et 480-507.

157[1]. Req. 2 mars 1936, *De Crussol d'Uzès*, et Trib. civ. St-Etienne 14 oct. 1937, *Robert*, cités *supra* 149[1]; Civ. 10 mars 1941, *Aufauvre*, J.C.P. 1941.2.1700, obs. Voirin, D.A. 1941.145, S. 1941.1.156, J. N. 1941 art. 41009, note Chassagnade-Belmin, D.C. 1943.32, note Maguet; Orléans 9 fév. 1949, *Ponroy*, cité *supra* 148[2].

Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd. 1905, t. 3, n° 2297; Deyzac, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938, Recueil Général des Lois 1938.1.281, n° 12; note anonyme à la G.P. 1935.1.677, sous Trib. civ. Arras 30 janv. 1935, *Houllier*.

157[2]. Req. 2 mars 1936, *De Crussol d'Uzès*, cité 149[1]. En l'espèce, la formule avait un double sens: celui qui est mentionné au texte, suggéré par la rédaction de la clause, et celui, plus vaste, d'une justification du rapport en moins prenant, lequel est moins grave pour les cohéritiers que la dispense totale de rapport.

claire; elle se dégage ici de la nécessité de donner un sens à la stipulation. Le plus souvent d'ailleurs la clause prévoit que toute infériorité du forfait au montant du rapport normal vaudra dispense de rapport de la libéralité à due concurrence; une variante de la formule classique présente l'opération comme un préciput total à charge de rapporter un forfait, et les tribunaux lui donnent le même sens[3].

158. — L'analyse classique est-elle absolument pertinente? On sait que le préciput repose, par son essence même, sur la volonté du disposant d'avantager définitivement l'un des cohéritiers par rapport aux autres. Cette volonté existe-t-elle dans notre cas?

Elle existe certainement lorsque le disposant prend comme norme d'égalité une valeur connue, la valeur du bien à l'époque de la libéralité et prescrit sciemment un rapport forfaitaire inférieur. Ainsi, par exemple, le *de cujus* peut avoir voulu que le gratifié obtienne, sans rien débourser, un bien dont la valeur est supérieure à ses droits dans la succession. L'avancement d'hoirie ordinaire obligerait l'héritier au versement d'une indemnité dans la mesure de l'excès; le forfait limite discrètement le rapport aux possibilités du donataire. Encore faut-il faire une réserve sur la conscience du disposant: il peut très bien ne pas connaître la valeur du bien, même au jour de la libéralité, soit qu'il se livre à une estimation approximative de l'objet donné, soit qu'opérant un legs il ne puisse tenir compte des fluctuations économiques survenant entre la confection du testament et le décès. Il fait alors un préciput dont il ne connaît pas le montant.

Tel est nécessairement le cas lorsque le disposant se refère à un indice fuyant: la valeur à l'époque de l'ouverture de la succession ou du partage. Le préciput est éventuel, quant à son existence, et incertain, quant à son importance[1]; et inversement, si le préciput existe, c'est la volonté de le faire qui est incertaine. Le disposant a pu vouloir un rapport inférieur à la norme d'égalité, établissant un avantage pour le gratifié[2]; mais l'évolution de la différence entre référence et forfait peut déjouer ses prévisions. Croyant faire un faible préciput, il a disposé ultérieurement

---

157[3]. Req. 31 mars 1869, *Lebeau*, D. 1869.1.521; Req. 28 oct. 1925, *Conan*, D.H. 1925.628, G.P. 1926.1.16, R.G.N. 1926 art. 21038, note Depierrois, obs. Savatier R.T.C. 1926 p. 205; Trib. civ. Arras 30 janv. 1935, *Houllier*, G.P. 1935.1.677, note anonyme, J.N. 1935, art. 38426, note Deyzac, R.G.N. 1935, art. 24285, obs. anonymes.

158[1]. Voirin, obs. au J.C.P. 1956.2.9457, point I *in fine*, sous Rennes 19 oct. 1955, *Le Nezet*.

158[2]. On conçoit aussi une intention préciputaire qui se traduise par un rapport autre que forfaitaire: le rapport fixé à la valeur du bien au jour de la libéralité, en prenant comme référence le rapport de la valeur au jour du partage. Alors l'utilisation du calcul légal devient le moyen de faire un préciput de toutes les plus values. Cette stipulation est possible, si elle est expresse. Elle doit être prouvée; car elle donne une consistance aux plus values monétaires, et la supposer serait présumer la dévaluation. Toute référence à la valeur au temps du partage est suspecte en ce sens, et on doit refuser de la présumer.

de ce qu'il croyait libre dans la quotité disponible; le préciput se révèle important, absorbe le disponible et conduit à la réduction des libéralités postérieures[3]. Ou encore le forfait s'avère correspondre exactement à la norme, et, malgré l'intention du disposant, le préciput est supprimé. Le disposant peut aussi avoir voulu un rapport égalitaire, ou supérieur à la référence, et être déçu par le résultat de l'opération.

En somme le préciput, que l'analyste découvre dans la clause de rapport forfaitaire, est souvent un préciput que n'ont pas exactement voulu les parties, un préciput forcé. Il s'agit de trouver à tout prix un sens à la clause. D'aucuns se sont demandé s'il ne convenait pas de limiter le domaine du préciput à la différence qu'a prévue le donateur[4], et de ne pas admettre l'avantage si le *de cujus* ne l'a pas voulu du tout[5]. La question est alors de savoir ce qu'a prévu le diposant; c'est impossible, à moins qu'il n'indique le montant maximum du préciput qu'il envisage, cas difficile à concevoir en pratique. Pour que le système soit satisfaisant, il faut considérer que le *de cujus* a prévu toutes les fluctuations rendant son forfait inférieur à la valeur réelle de référence et les a couvertes d'une intention préciputaire. C'est ce qu'expriment nettement la plupart des formules de forfait. Mais on est amené à penser que cette clause expresse ou tacite ne correspond pas vraiment à la volonté du disposant, mais à une réflextion de juriste soucieux d'expliquer les choses; elle constitue un artifice.

159. — *b*) Lorsque le forfait est supérieur à la norme, l'opération se présente comme extactement inverse de celle que nous venons d'examiner. Donc, au lieu d'y découvrir un avantage pour le gratifié, on y trouvera un avantage pour ses cohéritiers, une manière de libéralité adressée à ceux-ci[1]. Une analyse serrée[2] confirme-t-elle ce rapide raisonnement *a contrario?*

158[3]. Req. 31 mars 1869, *Lebeau*, précité 157[3]. Le Trib. civ. d'Arras, 30 janv. 1935, *Houllier*, précité 157[3], pour éviter l'inconvénient, prend la liberté d'imputer toute la libéralité sur la réserve, comme s'il n'y avait aucun préciput!

158[4]. Deyzac, note au J.N. 1935, art. 38426, *in fine*, et annotateur anonyme à la G.P. 1935.1.677, sous Trib. civ. Arras 30 janv. 1935, *Houllier*.

158[5]. Un jugement du Trib. civ. de Bernay, Journal du Notariat 1927 p. 115 avec note Deyzac, relaté dans les annotations précitées 158[4], infirmé en appel, a estimé devoir annuler la clause alors que le disposant avait affirmé vouloir l'égalité et que le forfait se révélait insuffisant à la rétablir.

159[1]. Trib. civ. Lorient 4 janv. 1955, *Le Nezet*, J.C.P. 1955.2.8495, obs. J.-Ch. Laurent, G.P. 1955.1.247, R.G.N. 1955 art. 27357, note Depierrois, obs. Savatier à la R.T.C. 1955.349; et sur appel: Rennes 19 oct. 1955, J.C.P. 1956.2.9457 obs. Voirin, D. 1955.801, R.G.N. 1956 art. 27400, obs. Savatier à la R.T.C. 1956.167.

159[2]. Avant 1938, elle n'a jamais été entreprise sérieusement, car le forfait se révélait pratiquement toujours inférieur à la valeur de référence, qui était en principe celle du bien au temps du partage. En effet la monnaie se dévaluait plus vite qu'on ne l'escomptait. En parlant de préciput partiel, la doctrine et la pratique estimaient rendre compte de tous les cas de rapport forfaitaire. Avec la référence actuelle à la valeur à la date de la libéralité, le forfait se trouve souvent supérieur.

Il est incontestable que les cohéritiers bénéficient de l'opération aux dépens du gratifié astreint au rapport. Mais plusieurs qualifications de l'avantage sont possibles.

160. — Ce peut être un avantage purement apparent, comportant une contrepartie cachée. Par exemple, le gratifié peut avoir lui-même bénéficié d'un avantage occulte, et le disposant veut effacer l'inégalité qui en résulte[1]; il peut s'agir d'étendre le rapport à des dons manuels, consentis sans laisser de traces pour des raisons fiscales ou familiales, ou tout simplement de l'étendre aux fruits du bien donné[2]. Il peut s'agir aussi d'opérer le remboursement discret d'une dette que les parties ne veulent pas faire apparaître.

Le rapport est alors détourné de son champ d'efficacité normal, qui se limite au rétablissement de l'égalité détruite par l'avantage portant sur le bien qui a fait l'objet de l'avancement d'hoirie[3]. Mais il continue à remplir sa fonction générale, assurer l'égalité entre héritiers. L'opération est correcte, mais tortueuse. Cette utilisation est fort hasardeuse, car un disposant aussi soucieux d'égalité ne saurait se contenter comme norme de la valeur du bien au jour de la libéralité; il se référera à la valeur à l'époque du partage. Le forfait, qu'il établit en fonction de ce repère anticipé, devra couvrir à la fois la compensation de l'avantage occulte et de l'avancement d'hoirie, et la correction des fluctuations économiques des deux biens; les risques de faux calcul sont grands.

161. — En dehors de cette utilisation rare, l'avantage est-il purement libéral?

Techniquement c'est impossible. Une libéralité du gratifié à ses cohéritiers est improbable en fait, dans une opération dont il n'est pas le maître; et en droit ce serait une donation qui ne se conformerait pas à la règle de l'irrévocabilité, puisque le prétendu donateur peut se décharger du rapport en renonçant à la succession du *de cujus*. Une libéralité du défunt aux cohéritiers est plus plausible. La technique de la stipulation pour autrui ou de la libéralité avec charge rendrait assez bien compte de la gratification des cohéritiers sans leur acceptation immédiate[1].

160[1]. Voirin, obs. au J.C.P. 1956.2.9457, II-C.

160[2]. Cf. Meurisse, *Le rapport des donations*, G.P. 1962.2. Doctr. p. 78.

160[3]. On peut estimer que le rapport n'est pas détourné, lorsque le gratifié accepte la charge d'un rapport supérieur à la valeur marchande du bien pour des raisons sentimentales, tenant p. ex. au désir de conserver un bien de famille. Cf. Rennes 19 oct. 1955, *Le Nezet*, précité 159[1]. Car, le gratifié étant disposé à payer le montant du forfait pour acquérir le bien, le forfait ne devient-il pas la valeur vénale du bien, celle qu'il atteindrait dans une adjudication? *Contra:* Savatier, note au D. 1962.J.217, point IV, sous Civ. 29 juin 1961 *Le Nezet*.

161[1]. Depierrois, note au R.G.N. 1955, art. 27357, point II, sous Trib. civ. Lorient 4 janv. 1955, *Le Nezet*; Savatier, note précitée 160[3], *in fine*. L'institution contractuelle, préconisée un moment par M. Savatier, R.T.C. 1956.167, est inadéquate, car elle suppose un contrat auquel interviennent les institués, ainsi que le relève M. Voirin, obs. précitées 160[1], point II-B.

Mais là encore l'analyse bute sur la faculté ouverte au gratifié en avancement d'hoirie de s'affranchir du rapport, même après l'acceptation des cohéritiers. Evidemment un tel obstacle n'empêche pas absolument les parties de tenter l'opération, quitte à risquer l'annulation si l'acte est soumis à un tribunal éclairé. Mais fonder sur une telle manœuvre une analyse générale est abusif.

On ne voit pas d'autre issue rationnelle au problème que de qualifier d'erreur l'excès. Les parties, en stipulant un rapport, même forfaitaire, doivent être réputées vouloir l'utiliser normalement, c'est-à-dire en vue d'assurer le rétablissement de l'égalité rompue par la libéralité que la clause accompagne[2]. Si le résultat est différent, et ne peut s'analyser en un préciput partiel, c'est qu'il y a eu erreur. Cette erreur doit être présumée, car les utilisations du forfait supérieur que nous avons envisagées précédemment sont exceptionnelles[3]. Il est vrai qu'une partie notable de la jurisprudence, présume plutôt l'existence de raisons valables de la surestimation, mais elle fait fausse route[4].

Cette analyse resterait sans conséquences, si l'on ne voyait l'objet de l'erreur que dans le montant du rapport; car l'erreur sur la valeur se confond avec la lésion, qui n'est pas sanctionnée dans les donations, ni dans les legs; or l'acte reste une libéralité[5]. La lésion pourrait seulement intervenir dans la liquidation-partage finale[6], dans laquelle s'intègre l'avancement d'hoirie; encore faut-il qu'elle atteigne le débiteur du rapport dans une mesure supérieure au quart de sa part[7].

Il s'agit ici d'une erreur sur la cause, entraînant la nullité de la stipulation de rapport dans la donation, dans la mesure où elle ne correspond pas à l'égalité voulue[8]. On sait en effet que l'erreur sur la cause peut

---

161[2]. Il serait inexact d'ajouter, ainsi que le fait M. Vialleton, note au D. 1955.J.305 - II, que le donataire n'a pas dû vouloir s'appauvrir, sinon il aurait refusé de consentir à l'acte. Car au moment de la conclusion, il ne sait pas si le rapport sera supérieur à la normale, même si la référence est la valeur du bien à la date de la donation, étant posé qu'on ne fait pratiquement jamais d'expertise.

161[3]. Voirin, obs. au J.C.P. 1956.2.9457, II-C; Trib. civ. Lorient 4 janv. 1955, *Le Nezet*, cité 159[1].

161[4]. Rennes 19 oct. 1955, *Le Nezet*, cité 159[1], et sur pourvoi: Civ. 29 juin 1961, J.C.P.N. 1961.2.12324, obs. Voirin, D. 1962.J.217, note Savatier, obs. Savatier à la R.T.C. 1962.143; en ce sens: Depierrois, note précitée 161[1].

161[5]. Voirin, obs. au J.C.P. 1956.2.9457, II-C; Depierrois, note précitée n. 1; J. Defrenois, *A propos de la clause de rapport forfaitaire dans les donations d'immeubles en avancement d'hoirie*, R.G.N. 1956 art. 27417.

161[6]. *V.* une utilisation analogue de la lésion, dans le cas de la reprise du fonds de commerce commun par l'époux apporteur, moyennant un forfait établi par le contrat de mariage et dévalué, suggérée par M. le Doyen Weill, note au D .1955.J.40. Les problèmes sont identiques.

161[7]. Savatier, R.T.C. 1955.349-350 et R.T.C. 1956.167; Voirin, obs. précitées 161[5].

161[8]. Savatier, R.T.C. 1955.349-350; Voirin, obs. précitées 161[3].

A ce point de vue, l'avancement d'hoirie ressemble à un contrat onéreux: l'erreur sur la cause est la croyance erronée en la contrepartie. Cf. Planiol et Ripert, t. 6 par Esmein, n° 185.

laisser un intérêt au contrat vicié et ne déclencher qu'une annulation partielle[9]. Dans le cas de l'avancement d'hoirie testamentaire[10], l'idée d'erreur sur la cause peut être appliquée d'abord à l'acceptation du legs par le gratifié, ou à son acceptation de la succession; mais il est peu probable que le légataire agisse en ce sens: l'acceptation serait annulée, alors qu'en général l'exagération du rapport ne le conduit pas à la volonté de renoncer. L'erreur sur la cause du legs ne sera pas davantage soulevée: la nullité serait totale et le legs perdu pour le gratifié. Serait seule invocable l'erreur sur la cause dans le partage, dans lequel la détermination des droits du légataire a été faussée par le rapport surestimé.

A la vérité, l'appel à l'idée d'erreur sur la cause, lorsque le rapport forfaitaire est détourné de sa fin égalitaire, n'est pas pleinement satisfaisant. Car son utilisation ne devrait pas être limitée au cas du forfait supérieur; le forfait inférieur devrait logiquement comporter la même analyse. On préfère l'éluder grâce à la découverte d'un préciput assez artificiel. L'ensemble du système dichotomique souffre de la mise en œuvre trop abondante des artifices de la science juridique. La mise en évidence du rôle essentiel de l'aléa dans la fixation à forfait du rapport permet d'éviter cette critique.

B. — L'appel a l'idée d'aléa :

162. — Les qualifications de l'opération que nous venons d'évoquer pêchent toutes par leur aspect analytique, qui dissocie le forfait entre plusieurs institutions, alors qu'en règle générale les parties ont simplement voulu faire jouer au rapport son rôle normal d'instruments de rétablissement de l'égalité entre héritiers. L'analyse apparaît artificielle.

L'unité de l'opération peut être sauvegardée si l'on fait appel à la notion d'aléa. Sans doute les contrats aléatoires sont-ils une subdivision des contrats à titre onéreux; mais l'avancement d'hoirie ne se rapproche-t-il pas singulièrement de ce type d'actes par l'existence d'une manière de contrepartie, constituée par le rapport ?[1].

Il dépend du hasard que l'héritier gratifié soit avantagé ou désavantagé par la fixation à forfait de son obligation de rapport. L'aléa est parfaitement à sa place, car il est inhérent à tout forfait[2]. L'aléa peut jouer dans les deux sens: il rend compte aussi bien de l'excès que

---

161[9]. Capitant, *De la cause des obligations*, 3e éd. 1927, n° 93 et 98; Planiol et Ripert, t. 6 par Esmein, n° 188 et 264. Il a cependant existé quelques partisans de l'annulation totale: Trib. civ. Lorient 4 janv. 1955, *Le Nezet*, cité 159[1] et les obs. J-Ch. Laurent.

161[10]. Cas peu pratique, ce qui explique le silence de la doctrine.

162[1]. *V. supra* 161[8] et infra n° 460-461 et 496-501.

162[2]. Savatier, note au D. 1962.J.217, III et IV *init.*, pour le rapport surestimé.

de l'insuffisance du rapport convenu[3]. Les parties à une opération aléatoire acceptent toutes les variations de la prestation; il ne peut plus être question d'une erreur, dont elles ont pris les risques à leur charge[4]. Il ne peut pas davantage être question de lésion dans le partage, dans lequel l'attribution faite à l'héritier gratifié est aléatoire[5].

La différence entre le montant du forfait et la valeur normale du rapport ne pose plus de problème particulier de qualification. Le forfait constitue tout entier un rapport, nécessaire et suffisant pour compenser l'avancement d'hoirie. La libéralité n'est plus partiellement préciputaire, sauf lorsqu'il existe dans l'acte une stipulation en ce sens. Les difficultés que suscitait l'analyse généralisée, caractéristique du système du préciput partiel en cas de rapport inférieur, sont évitées, et on ne risque plus de se trouver en présence d'un préciput imprévu absorbant toute la quotité disponible. Il n'existe plus non plus d'avantage inexplicable en faveur des cohéritiers, ou d'appauvrissement sans cause du bénéficiaire de l'avancement d'hoirie. L'équilibre des prestations n'est pas requis dans les contrats aléatoires[6]. L'avantage des créanciers du forfait n'est que l'effet du rapport; la cause de l'appauvrissement du débiteur est son goût du jeu.

Cette théorie rend un compte satisfaisant des solutions admises en jurisprudence. Les tribunaux n'ont jamais douté de la validité générale du rapport forfaitaire. Ils ne font aucun sort particulier au rapport surestimé, alors que la doctrine en nie la légitimité. On est tenté d'objecter que les arrêts analysent toujours le forfait inférieur en un préciput partiel, et que cette nette décomposition de l'acte du disposant s'oppose à la qualification globale proposée. Mais cette opposition est superficielle, car l'analyse que fait la jurisprudence n'est pas de son invention; elle est une création de la pratique notariale, que les tribunaux se sont laissés entraîner à découvrir comme clause de style, même là où les parties ne l'ont pas voulue. On conçoit que la jurisprudence, éclairée, limite cette analyse au cas de stipulation expresse de l'acte en ce sens.

Il semble donc possible de dégager un système logique qui rende compte sans artifice de l'existence de la clause usuelle de fixation à forfait du montant du rapport, et qui serve de support à sa légitimité reconnue. Pourtant, si l'on replace le rapport forfaitaire dans le cadre général de l'avancement d'hoirie, on est amené à formuler une appréciation générale sévère.

162[3]. *Cpr.* DEYZAC, note au J.N. 1935, art. 38426, sous Trib. civ. Arras 30 janv. 1935, *Houllier*.

162[4]. PLANIOL et RIPERT, t. 6 par ESMEIN, n° 178.

162[5]. C'est pourquoi M. le Doyen WEILL, note au D. 1955.J.40 *in fine*, manifeste quelque doute sur la possibilité de recourir à la lésion pour corriger le déséquilibre produit dans le partage de communauté par la clause commerciale forfaitaire. Cf. 161[6].

162[6]. PLANIOL et RIPERT, t. 6 par ESMEIN, n° 254.

§ 4. — Appréciation générale.

163. — En soi le rapport forfaitaire est cohérent et son examen donne des résultats satisfaisants, mais considéré de l'extérieur, confronté avec la structure de l'institution dans laquelle il s'intègre, l'avancement d'hoirie, il suscite des réflexions peu favorables, qui conduisent à élargir le cercle des éléments qui entrent en jeu dans la recherche de sa légitimité.

164. — La caractéristique du rapport forfaitaire qui frappe l'observateur de l'avancement d'hoirie, c'est que jamais le forfait ne donne de résultats conformes à la fonction de l'institution, qui est le strict rétablissement de l'égalité entre héritiers rompue par une libéralité. Ou bien il sert à la dissimulation d'opérations autonomes: réintégration d'autres avantages ou d'indemnités dans la liquidation successorale. Ou bien, quand il est pur de tout parasite, il est arbitraire; il ne répond pas à la notion du rapport, remise du bien donné dans la succession[1], au contraire il l'en détache délibérément[2]. Le rapport forfaitaire déséquilibre la répartition successorale, sans même que puisse intervenir le correctif de la rescision pour lésion, inapplicable aux contrats aléatoires.

La doctrine propose des solutions pour pallier les inconvénients les plus graves de ce déséquilibre. Certains auteurs souhaitent qu'une option soit ouverte au gratifié entre le rapport en nature et le rapport forfaitaire, lui permettant de se libérer d'une charge qui se révèle excessive[3]; la jurisprudence refusant avec raison d'admettre ce choix[4], un texte législatif serait nécessaire. D'autres font appel à l'initiative des parties, qui peuvent stipuler qu'au cas où le forfait se révélerait supérieur à la valeur de référence, la somme à rapporter serait limitée à cette valeur[5]. Le propre de ces correctifs est, au fond, de détruire le caractère forfaitaire du rapport, de ramener le rapport à une technique de droit commun, mais *a postériori* et dans le seul cas du forfait surestimé. N'est-ce pas une condamnation indirecte de la clause?

164[1]. Cette notion est illustrée de façon éclatante par la jurisprudence, puis par la loi du 13 juillet 1930, limitant le rapport de l'assurance-vie établie au profit du successible, à la mesure de la libéralité, c'est-à-dire à l'appauvrissement du donateur: les primes, et à l'enrichissement du donataire: le capital assuré, sans pouvoir excéder le plus faible des deux. Cf. Civ. 4 août 1908, *Berthault*, D. 1909.1.185, note Dupuich, S. 1909.1.5, note Lyon-Caen, Civ. 2 août 1909, *Geoffroy*, D. 1910.1.328, S. 1910.1.540; et art. 68 de la loi.

164[2]. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd., 1905, n° 2297; Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 622 bis *in fine;* Vialleton, note au D. 1955.J.305.

164[3]. Vialleton, note précitée 164[2].

164[4]. *Infra* n° 412.

164[5]. Catala, th. cit. 1294, n° 153.

165. — La suppression du rapport forfaitaire semble s'imposer. La pratique notariale déconseille déjà la clause, à cause des risques qu'elle fait courir au gratifié contrairement à l'esprit de la libéralité[1], et du danger d'inégalité qu'elle comporte contrairement à l'esprit de l'avancement d'hoirie. Un législateur soucieux d'égalité véritable l'interdirait, de même qu'il prohiberait le calcul du rapport d'après l'estimation du bien à l'époque de la libéralité. Les deux modes de détermination sont parents en ce qu'ils établissent l'inégalité entre les héritiers par la fixation définitive et anticipée du montant du rapport[2].

Une jurisprudence sensibilisée aux tares du rapport forfaitaire trouverait le moyen de les sanctionner. Son raisonnement partirait de l'idée ambiante que l'avancement d'hoirie constitue un pacte sur succession future, et qu'il n'est donc autorisé que restrictivement. Or le rapport forfaitaire n'est pas un rapport fonctionnel; il s'écarte du rapport correct, apte à assurer l'égalité véritable ou apparente des héritiers. Il ne pourrait donc pas bénéficier de la dérogation légale à la prohibition des pactes successoires, qui est limitée aux rapports conformes à la notion classique[3]. L'obstacle à l'annulation de la clause par le jeu de l'article 1130 du Code Civil tient à l'existence de l'article 860, qui déclare valable toute stipulation contraire au calcul du rapport à l'époque de la libéralité. Cependant une juridiction décidée pourrait sans scrupule considérer que la stipulation contraire prévue est celle qui choisit une date autre que celle déterminée par la loi. Alors le rapport supérieur à la normale serait certainement atteint; le rapport inférieur le serait aussi, chaque fois du moins que l'explication de l'anomalie par l'existence d'une intention préciputaire ne serait pas prouvée. Mais un tel revirement de jurisprudence ne doit pas être escompté, la souplesse de la réglementation légale du rapport et la largesse de l'article 860 du Code Civil étant des points bien acquis.

166. — Une annulation de la clause de fixation à forfait du rapport renverrait en principe les héritiers à l'application du calcul légal du rapport de l'avancement d'hoirie. Leur sort ne serait pas meilleur en fait, car, tout aussi bien que le forfait, ainsi que nous l'avons relevé,

---

165[1]. J. Defrenois, art. cit. 165[5].

165[2]. Certains auteurs se fondent sur cette communauté pour qualifier de forfait le rapport légal de la valeur au temps de la libéralité: Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 2872; Desbois, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938, D.P. 1938.4.355 *init.* Catala, th. cit. 129[4], n° 140; Savatier, note au D. 1962.J.217, II et IV; mais c'est aller trop loin, car le rapport légal reste fondé sur la considération de la valeur réelle du bien en un temps donné et non sur l'arbitraire du disposant.

165[3]. Vialleton, Revue Critique 1926.59, I, à propos du rapport forfaitaire des intérêts d'un bien donné. *Cpr.* le même auteur réticent à propos du rapport forfaitaire du bien lui-même: note au D. 1955.J.305 *in fine*. La différence entre les deux positions s'explique aisément et logiquement: v. *infra* n° 314. *Adde:* Defrenois, art. cit. 161[5]; Hebraud, *Des contrats passés entre un futur de cujus et son héritier présomptif*, Mélanges Savatier, 1965, pp. 353-354.

l'évaluation légale engendre l'inégalité. Le principe successoral de l'égalité des valeurs recueillies par les héritiers dans la répartition de la masse est mis à mal aussi sûrement par la réglementation supplétive de l'avancement d'hoirie que par la clause volontaire la plus usuelle.

L'atteinte à l'égalité des parts se répercute-t-elle sur la consistance des droits réservés des héritiers ? L'ampleur du bouleversement apporté par l'avancement d'hoirie aux principes essentiels du droit des successions s'accentuerait encore. C'est l'une des questions auxquelles il importe de répondre en envisageant les relations de l'avancement d'hoirie et des principes de la réserve.

CHAPITRE III

L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET LES PRINCIPES DE LA RÉSERVE

167. — L'importance des pouvoirs reconnus au disposant, l'assouplissement des règles du partage en sa faveur, les inégalités qu'il peut créer entre ses héritiers, conduisent nécessairement à un heurt de l'avancement d'hoirie et des règles de la réserve, noyau intangible de la succession soustrait aux initiatives des intéressés.

Les principes classiques de la réserve, qui subissent malgré les atteintes que l'évolution législative peut leur faire subir, sont bien connus[1]. La réserve constitue une *pars hereditatis minima* , ainsi qu'il résulte des dispositions du Code Civil, qui en font apparaître le montant en soustrayant la quotité disponible de l'hérédité toute entière; elle est dévolue *ab intestat*; et elle est acquise à l'héritier comme si le *de cujus* n'avait jamais excédé les limites du disponible, les excès devant être totalement effacés. De là les principes essentiels de la réserve. La réserve est en nature, c'est-à-dire composée de biens successoraux en qualité et en quantité; d'une part elle doit être fournie en corps héréditaires, libres de charges[2];

167[1]. Jeantet, *Le droit à la réserve en nature*, thèse Paris 1939; Beudant-Voirin, t. VI, n° 127; Colin-Capitant, 9e éd. par Julliot de la Morandière, t. 3. n° 1494-1496; Planiol et Ripert, t. 5 par Trasbot et Loussouarn, n° 24-27; De Page, t. VIII-2, n° 1404-1407.

Vialleton, *Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve*, R.T. R.T.C. 1940-41, pp. 4-5; Catala, *L'article* 866 *du C.civ. et l'attribution de la réserve*, C. 1960, pp. 391-424, n° 1-3.

167[2]. Eliminons d'emblée l'idée que l'avancement d'hoirie pourrait être contraire à cet aspect du principe de la réserve en nature, même lorsqu'il est rapportable en nature, comme attribuant la réserve à l'héritier gratifié sous condition résolutoire ou à charge de restitution. Car l'avancement d'hoirie ne devient une attribution de réserve qu'après le décès, à un moment où la prétendue charge est exécutée.

d'autre part les réservataires doivent participer aux fluctuations qui affectent la masse successorale, au moins dans sa partie réservée[3]. La réserve est collective; « la réserve est une masse indivise entre les coréservataires, le droit individuel de chacun d'eux n'étant que le droit d'obtenir, par le jeu normal des règles du partage, une part de cette réserve », ainsi que l'écrit M. JEANTET[4].

L'avancement d'hoirie, qui reconstitue plus ou moins exactement la masse successorale, dont la réserve constitue une fraction, affecte d'abord la détermination de la réserve envisagée globalement. Bouleversant les règles du partage de la succession, il influe ensuite nécessairement sur les attributions individuelles des parts réservées du gratifié d'un côté et de ses cohéritiers de l'autre. Nous examinerons successivement ces trois zones d'interférence de la libéralité et des principes de la réserve.

SECTION I : *L'avancement d'hoirie et le calcul de la masse réservée.*

SECTION II : *L'avancement d'hoirie et l'attribution de sa part de réserve au gratifié.*

SECTION III : *L'avancement d'hoirie et la réserve des cohéritiers.*

SECTION I

L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET LE CALCUL DE LA MASSE RÉSERVÉE

168. — La réserve, aux termes de l'article 922 du Code Civil « se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès du donateur ou testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donations entre vifs... », et on applique à cet ensemble une fraction fixée par la loi selon la qualité des héritiers. L'intégration de l'avancement d'hoirie à la masse de calcul semble donc évidente. Pourtant il fut un temps où l'on trouvait des raisons assez sérieuses pour en douter. Il n'est pas inutile de rappeler que l'avancement d'hoirie intervient nécessairement dans le calcul de la réserve (§ 1). Le problème s'est trouvé relancé avec l'amplification récente des fluctuations économiques, car, une fois admise l'intervention de l'avancement d'hoirie dans les opérations d'établissement du montant de la réserve, il faut encore déterminer

---

[3] JEANTET, *op. praecit.* [1], n° 298 et suiv.; contre cette conception extensive du principe de la réserve en nature: SCHAPIRA, *Remarques sur le droit de l'héritier réservataire à exiger sa réserve en nature*, Revue Critique 1936, pp. 378-399.

[4] JEANTET, *op. cit.*, n° 237; *v.* aussi n° 113.

pour quelle valeur il entre en compte; or la valeur d'un avancement d'hoirie est très variable suivant la technique d'estimation que l'on adopte (§ 2).

§ 1. — Intervention dans le calcul de la réserve.

169. — L'avancement d'hoirie entre nécessairement en ligne de compte pour l'établissement de la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible. Il contribue à la détermination de ce dont le *de cujus* a pu librement disposer à titre gratuit. Cette addition de la valeur de la libéralité au total des biens existants constitue ce qu'on appelle la réunion fictive ou le rapport fictif. L'intégration de l'avancement d'hoirie à la masse de calcul est aujourd'hui un point solidement acquis. Car l'article 922 du Code Civil n'opère aucune distinction entre les différents types de donations entre vifs, préciputs ou avancements d'hoirie, consenties par le *de cujus*; les biens qui en font l'objet sont réunis à la masse. Quant aux legs, ils portent sur des biens qui existent encore dans le patrimoine du défunt au décès; il est naturel qu'ils subissent le sort des autres biens existants.

L'entrée en ligne des avancements d'hoirie pour l'établissement de la réserve et de la quotité disponible reçoit l'appui de la logique. D'abord l'avancement d'hoirie constitue par définition une partie de la succession, qui est déférée par anticipation à l'un des héritiers; il continue donc, de façon comptable du moins, à faire partie de la masse successorale. Ensuite, ne pas opérer la réunion fictive de l'avancement d'hoirie reviendrait à diminuer la quotité disponible, qui serait calculée sur une masse plus faible. On arriverait alors à ce résultat curieux que, dans le cas où le disposant a fait des avancements d'hoirie et a donc pensé garder libre son disponible pour adresser des libéralités à des tiers, il pourrait consentir moins d'avantages à ceux-ci que dans le cas où, n'ayant pas recouru à l'avancement d'hoirie, il a épuisé la quotité disponible et entamé la réserve. Dans ce dernier cas, les libéralités préciputaires étant comptées dans la masse, la quotité disponible serait élargie[1].

170. — Malgré ces éléments décisifs, l'intervention de l'avancement d'hoirie dans la masse prévue par l'article 922 a été discutée dans les premières décennies d'application du Code Civil.

On refusait la réunion fictive, car, disait-on, l'irrévocabilité, que présente l'avancement d'hoirie, comme toute donation, s'oppose à ce que le donateur puisse disposer de ce qu'il a déjà donné, au profit des donataires postérieurs ou des légataires. Et l'article 857 du Code Civil,

---

169[1]. Labbé, *Du don en avancement d'hoirie et de son imputation en cas d'acceptation de l'hérédité par le donataire*, Revue Pratique de Droit Français, t. 11, 1861, pp. 257-279, n° 38; Demolombe, t. 16, n° 290, p. 336.

qui dans une certaine mesure traduit le principe d'irrévocabilité et qui va au delà, interdit à ceux-ci de bénéficier du rapport de l'avancement d'hoirie, entre vifs ou testamentaires. Donc, les donataires et légataires n'ayant aucun droit sur les biens qui ont fait l'objet de l'avancement d'hoirie, on ne saurait calculer la quotité disponible, dont ils vont bénéficier, que sur les biens libres qui existent encore dans la succession et sur le rapport fictif des donations préciputaires[1].

On rejetait dans une large mesure l'objection tirée de la généralité du texte de l'article 922. On prétendait en effet que cet article, déterminant la mesure dans laquelle s'exerce l'action en réduction, ne vise, ainsi qu'il ressort de sa place dans le Code de la Section intitulée « *De la réduction des dons et legs* » et de ses termes mêmes, que le cas où une réduction s'impose. On reconnaissait en conséquence que lorsque les réservataires agissent en réduction contre des libéralités excessives, les avancements d'hoirie entrent en ligne de compte pour la détermination de la quotité disponible, nonobstant les doutes que suscitaient l'article 857 et le principe de l'irrévocabilité. Mais lorsqu'il ne s'agit pas de rechercher l'issue d'une demande en réduction, mais de fixer ce qui revient à un légataire universel de la quotité disponible qui agit en délivrance de son legs, hypothèse fort pratique, l'article 922 était déclaré hors de cause. Aussi de nombreuses décisions judiciaires, et notamment des arrêts de la Cour de Cassation de 1824 et 1825[2], n'admirent pas la prise en compte de l'avancement d'hoirie.

La réfutation de cette argumentation était aisée[3]. L'idée d'atteinte à l'irrévocabilité et de violation de l'article 857 repose sur une confusion entre la détermination de la quotité disponible, opération purement comptable, et la détermination de ce que doivent recevoir effectivement les donataires ou les légataires de cette quotité. Ils ne recevront rien de ce qui a été donné en avancement d'hoirie, et ce n'est pas un rapport qu'ils réclament[4]. Quant à l'interprétation de l'article 922, elle pèche par illogisme. Si cet article ne vise effectivement que la délimitation de l'ampleur de la réduction, il détermine pour cela le montant de la quotité disponible. Or il n'existe pas deux quotités disponibles dans la succession, différentes selon les personnes à qui on les oppose.

Les Chambres Réunies de la Cour de Cassation ont mis fin à l'hérésie par l'arrêt *Saint-Arroman* du 8 juillet 1826, qui précise que « cette réunion fictive dérive de la nature et du caractère des avancements d'hoirie, qui ne sont en réalité que des remises anticipées des parts

---

170[1]. *V.* le rappel de cette doctrine, avec les références, dans Demolombe, t. 16, n° 289-290; Labbé, *op. cit.* 169[1], n° 33-39; et Waymel, *De l'imputation des libéralités faites à un héritier acceptant*, thèse Lille 1933, n° 9-11.

170[2]. Civ. 8 déc. 1824, *St-Arroman*, et 5 juill. 1825, *Aubian*, S. chronologique.

170[3]. *V.* les auteurs, *loc. et op. cit.*, précités 170[1].

170[4]. *Supra* n° 37.

que les donataires successibles doivent recueillir un jour dans la succession »[5]. Cependant la haute juridiction est encore parfois amenée à rappeler la règle[6].

171. — Le disposant peut-il éviter l'application de la règle de l'article 922, en stipulant dans l'avancement d'hoirie une dispense de réunion fictive?

La question doit être posée, car la jurisprudence admet que l'ascendant qui fait une donation-partage prescrive que la quotité disponible ne se calculera, pour la vérification des libéralités ultérieures, que sur les biens autres que ceux qui font l'objet du partage anticipé, c'est-à-dire qu'il dispense cette donation du rapport fictif[1]. On justifie cette position en relevant que le résultat unique de la clause consiste à diminuer la quotité disponible, qui sera calculée sur les seuls biens existant en dehors du partage d'ascendant; que les réservataires n'en souffrent pas, mais qu'au contraire ils obtiennent en plus de leur lot, qui peut les avoir nantis complètement de leurs droits légaux de réservataires, une part réservée supplémentaire taillée dans le reste du patrimoine. Or, si le disposant ne peut pas porter atteinte aux droits garantis par la loi à ses héritiers, rien ne s'oppose à ce qu'il se montre plus généreux et à ce qu'il limite sa propre liberté de consentir des libéralités[2].

Pourquoi n'admettrait-on pas de même la stipulation de dispense de réunion fictive dans l'avancement d'hoirie? Le montant de la masse réservée serait diminué comme celui de la quotité disponible qu'il s'agit précisément de restreindre; mais les réservataires n'en souffriraient pas, puisque par le jeu du rapport le bénéfice de l'avancement d'hoirie se répartit entre eux et leur assure de toute façon leur réserve, de même que le partage d'ascendant assure celle des enfants allotis.

Il suffit pour écarter cette suggestion de considérer le bouleversement que son adoption apporterait dans les questions d'imputation. Celle-ci s'opérerait sur une réserve et sur un disponible réduits. Non seulement les libéralités ultérieures deviendraient hasardeuses: c'est ce que veut la clause; cela cadre très mal avec la psychologie traditionnelle de l'auteur

---

170[5]. S. chronologique.

170[6]. Req. 29 janv. 1890, *De Chef d'Hostel*, S. 1890.1.335; Req. 8 déc. 1908, *De Courcelle*, D. 1912.1.100.

171[1]. Req. 19 juill. 1836, *De la Chaise*, S. 1836.1.590; Req. 19 avr. 1857, *Rogier*, S. 1857.1.814; Req. 8 mars 1875, *Bareau*, D. 1875.1.278; Req. 30 juill. 1879, *Cauche*, D. 1880.1.259.

171[2]. Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse Grenoble 1960, éd. Paris 1961, n° 90.

Le testateur, impuissant à étendre ses libéralités au delà des bornes de la loi, peut toujours les limiter, et par exemple réduire à une part fractionnaire des seuls biens lui restant à son décès la quotité qu'il aurait pu léguer sur l'ensemble de son patrimoine reconstitué par le rapport fictif des biens antérieurement donnés, déclare l'arrêt de la Cour de Pau du 4 mars 1879, *Cauche*, approuvé par l'arrêt de rejet de la Cour de Cassation précité 171[1].

de l'avancement d'hoirie, qui entend faire une avance à ses héritiers sur leurs droits légaux et conserver libre la quotité disponible pour faire des avantages[3]. Mais encore l'avancement d'hoirie, voué aujourd'hui à un rôle d'allotissement stable, risque davantage la réduction.

Au point de vue technique, la convention intervenue dans le contrat d'avancement d'hoirie entre le futur *de cujus* et l'un de ses héritiers à propos du montant de la quotité disponible dans la succession à venir constitue un pacte sur succession future caractérisé; n'étant pas prévu par le Code, il tombe sous le coup de la prohibition qu'édicte l'article 1130. On ne saurait donc admettre la dispense de rapport fictif. On doit même douter du bien-fondé de la jurisprudence qui existe en ce qui concerne le partage d'ascendant[4]. Car elle valide aussi un pacte sur succession future, et ce n'est pas parce que la donation-partage est un pacte autorisé qu'elle peut contenir valablement des pactes qui n'ont rien à voir avec sa propre nature.

L'autorisation des stipulations contraires aux prescriptions de l'article 922 cadre d'ailleurs mal avec le caractère d'ordre public qu'on reconnaît généralement à ce texte.

L'avancement d'hoirie intervient toujours dans le calcul que prévoit l'article 922. Le problème est alors de savoir pour quelle valeur.

§ 2. — Valeur retenue pour le calcul.

172. — Il ne devrait pas exister de problème de détermination de la valeur de l'avancement d'hoirie qui entre en compte pour l'établissement du montant de la réserve successorale. Car l'article 922 du Code Civil, qui prescrit l'opération, est clair: les biens donnés entre vifs figurent dans la masse de calcul pour leur valeur à l'époque de la donation; les biens légués, existant encore dans la succession, sont naturellement estimés à l'ouverture de la succession, époque à laquelle se fixe la réserve.

Mais le pouvoir est reconnu au disposant de stipuler le rapport de l'avancement d'hoirie pour des valeurs fort différentes de celles-là; il peut d'abord imposer le rapport en nature, qui remet effectivement le bien dans la succession, il peut ensuite fixer la

---

171[3]. Aux disposants qui veulent diminuer au profit de leurs héritiers leur liberté de disposer à titre gratuit, le notaire conseille de leur faire des préciputs ,égaux éventuellement.

171[4]. Ou tout au moins de sa signification. Elle peut être légitime, si elle se borne à admettre l'interdiction que se fait le disposant d'utiliser toute la quotité disponible pour des legs, et si cette clause n'est pas sanctionnée par une réduction en forme. Alors le disponible, limité, doit s'entendre dans son sens vulgaire, et non technique de partie de la succession complémentaire de la réserve. Cette interprétation rend compte de la plupart des arrêts, lesquels sont relatifs à des legs *de la quotité disponible*, dont il s'agit de déterminer l'émolument. Cependant l'arrêt *Rogier* de 1857, précité 171[1], impose la réduction véritable d'un legs particulier; mais s'agissant d'un legs, la réduction s'analyse en une caducité, qui peut paraître moins grave qu'une réduction-résolution. Il n' y a pas d'arrêt sur la réduction des donations en vertu de la stipulation.

somme rapportable à un chiffre éloigné de celui qu'indique l'article 922. On est conduit à se demander si le calcul de la réserve ne doit pas tenir compte des valeurs qui ressortent de ces initiatives du disposant, faute de quoi apparaîtrait une incohérence choquante et embarrassante.

Ce n'est qu'après un examen concret des situations créées par les stipulations de rapport en nature et de fixation du montant du rapport en valeur qu'il est possible d'invoquer la force de l'article 922 du Code Civil.

A. — Cas de la stipulation de rapport en nature:

173. — Le rapport en nature est traditionnellement considéré comme résolutoire. Il efface la libéralité et remet le bien dans la succession, où il figure aux côtés des biens existants, qui ne sont jamais sortis du patrimoine du défunt. Un certain nombre d'auteurs déduisent de ce retour à la masse indivise, que dans ce cas le bien donné doit être estimé lors de l'ouverture de la succession, comme les autres biens existants, et non à la date de la donation, que la résolution a mise à néant[1].

174. — Cette position paraît conforme au sens de la réforme de l'article 922 intervenue en 1938, qui est de ne pas rendre réductible des libéralités qui ne le sont pas à l'époque où elles sont consenties, eu égard à la valeur des biens déjà donnés. Car, si par l'effet de la stipulation de rapport en nature la valeur de l'avancement d'hoirie qui est retenue pour le calcul de la réserve se trouve supérieure à celle prévue par la loi, comme c'est le cas général, les libéralités faites sur la quotité disponible n'en souffrent pas, bien au contraire.

Ce rapide raisonnement oublie que la valeur de l'avancement d'hoirie peut aussi diminuer; alors la quotité disponible se restreint et les libéralités risquent davantage la réduction qu'avec le calcul légal. Le résultat est contraire à la stabilité voulue par le législateur, du moins quant à la valeur des biens sortis du patrimoine. Quant aux biens existants, l'article 922 n'a évidemment jamais prétendu stabiliser leur valeur et l'influence de leurs fluctuations sur la réductibilité des libéralités. La question est de savoir si l'on peut considérer l'objet de l'avancement d'hoirie rapporté en nature comme un bien existant.

Peut-on prendre la résolution en considération pour déclarer que le bien n'est pas davantage sorti du patrimoine héréditaire que les biens qui n'ont fait l'objet d'aucune libéralité? On ne saurait fonder une

---

173[1]. Aubry et Rau, par Esmein, t. XI, § 684 bis, p. 49; Catala, art. cit. 167[1], n° 26 et note 54 p. 409; Pellegrin, th. cit. 171[2], n° 91 p. 149. *Adde*: Meurisse. *Les interférences du rapport à fin d'égalité et du rapport à fin de réduction*, S. 1962, Chr. pp. 61-64, point IV.

réponse négative sur la règle que le rapport ne doit pas profiter aux donataires et légataires, comme ce serait le cas en l'occurrence, mais seulement aux cohéritiers; nous avons déjà relevé que cet argument a conduit à nier le rapport fictif, et que c'était une erreur.

Mais du moins on peut objecter à la prise en considération de la résolution, que celle-ci, qui n'est pas le rapport lui-même mais son mode d'exécution, est techniquement relative et ne peut être invoquée que par les cohéritiers ès-qualité; qu'il existe donc une impossibilité technique de retenir la valeur du bien lors de l'ouverture pour une opération demandée par les gratifiés du *de cujus*[1].

A cette argumentation abstraite qui conduit à nier l'influence de l'initiative du disposant sur l'évaluation de l'avancement d'hoirie intégrée au calcul de l'article 922, on oppose l'intention du de cujus, à laquelle on doit s'efforcer de donner l'efficacité dans toute la mesure du possible. Cette intention se manifeste avec le plus de clarté dans le cas d'une stipulation relative au montant du rapport en valeur.

B. — Cas de la stipulation du montant du rapport en valeur:

175. — Plus usuelle que la clause imposant le rapport en nature, la stipulation de la donation ou du testament fixant le montant du rapport en moins prenant à la valeur du bien au jour de l'ouverture de la succession ou surtout du partage vise clairement à corriger les inconvénients du rapport légal estimé à la date de la libéralité; il en va parfois de même de la détermination forfaitaire de la somme rapportable.

L'intention évidente du disposant, qui recourt à une telle clause, est de faire participer tous les héritiers au bénéfice des plus values qui affectent en général le bien jusqu'au décès ou jusqu'au partage, et à la perte des éventuelles moins values; c'est également ce qu'il veut en stipulant le rapport en nature. On en déduit que les réservataires doivent être associés eux aussi à ces fluctuations, donc que le compte prévu par l'article 922 du Code Civil doit les intégrer, faute de quoi on irait à l'encontre de la volonté du disposant[1].

Mais la déduction est erronée, car le but que poursuit le donateur est respecté sans que soit nécessaire une modification du calcul de la réserve: le simple jeu du rapport suffit à faire bénéficier des plus values les cohéritiers, et par voie de conséquence les réservataires, qui sont obligatoirement compris parmi eux. Intégrer les plus values à la masse de calcul serait aller au delà de la volonté du *de cujus* et faire profiter les donataires et légataires d'un élargissement de la quotité disponible, dont le disposant ne paraît pas se soucier.

174[1]. Dans le même sens: Labbé, note au S. 1880.2.97 col. 2, qui parle même à cet égard d'absence totale de résolution.

175[1]. Pellegrin, th. cit. 171[2], n° 91 p. 150.

176. — Les auteurs qui tiennent pour acquis que la stipulation de rapport en nature entraîne une dérogation à la règle d'évaluation prévue par l'article 922 du Code Civil tirent argument en faveur de leur position quant au rapport en valeur, de l'équivalence qui doit exister entre les résultats du rapport en nature et ceux du rapport en valeur corrigé, qui poursuivent un but identique[1].

En soi ce raisonnement paraît efficace, du moins si l'on veut bien faire abstraction de l'embarras qu'il crée quant au montant exact de la valeur prise en compte; car l'équivalence conduit à décider que le montant pris en considération sera celui de l'estimation au décès, même si la clause prévoit une estimation au jour du partage[2].

Pourtant, si l'on se place dans l'optique des tenants de cette position, on peut douter de la légitimité de la transposition d'un résultat acquis grâce à la technique de la résolution à une situation qui ne la comporte pas. D'autre part, si l'on n'admet pas l'effet prétendu de la clause de rapport en nature sur le calcul de la réserve, le raisonnement perd son fondement.

177. — Les partisans de l'influence de la fixation du montant du rapport sur le calcul de la réserve arguent encore que l'application mécanique du système prévu par la loi conduit à des résultats contraires à la stabilité que vise l'article 922 et à la faveur qu'il témoigne au bénéficiaire de toute libéralité[1]. Car, relève M. PELLEGRIN[2], « comme la donation rapportable, ne constituant qu'une avance sur droits successoraux, s'impute sur la part de réserve du gratifié, la valeur du bien donné, accrue de la plus value acquise jusqu'au temps du décès ou du règlement, devrait normalement s'imputer sur une part de réserve calculée, selon l'article 922 du Code Civil, à partir de la donation évaluée à sa date et abstraction faite de toute plus value »; cet auteur ajoute: « Gageons que, saisis de la difficulté, les tribunaux ne se résoudraient pas à placer le donataire dans une situation aussi désavantageuse que contraire à l'esprit des réformes de 1938 ». En somme, l'avancement d'hoirie risque d'être réduit, parce que son évaluation stipulée se trouve confrontée avec la part de réserve de son bénéficiaire (ou la réserve globale, suivant le système d'imputation adopté) et éventuellement avec la quotité

176[1]. CATALA, *op. et loc. cit.* 173[1]; MEURISSE, art. cit. 173[1], point IV.

176[2]. Dans le sens de la prise en compte, en tous cas, de la valeur à l'ouverture: CATALA, art. cit. 173[1], n° 26 et note 54 p. 409; MEURISSE, art. cit. 167[1], point V, et *Le rapport des donations*, G.P. 1962.2.Doctr. p. 79. En sens contraire; PELLEGRIN, th. cit. 171[1], n° 91 p. 149 *in fine*, qui prend en compte la valeur convenue, même s'il s'agit de celle du jour du partage.

177[1]. CATALA, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, éd. Paris 1954, n° 298 p. 365 (où cet auteur ne met pas encore en doute l'application impérative de l'art. 922, de même au n° 188 de sa thèse), et art. cit. 167[1], note 54 p. 409; PELLEGRIN, th. cit. 171[2], n° 149.

177[2]. *Op. et loc. praecit.* 177[1].

disponible, qui, elles, sont évaluées selon la valeur de la libéralité au temps où elle intervient. Le résultat sera le même que celui de la discordance en sens inverse, qui existait avant 1938 entre la valeur retenue pour le rapport des meubles et la valeur retenue pour le calcul de l'article 922, et qui avait donné lieu à l'affaire « *de la Bénédictine Le Grand* »[3], alors que la réforme a voulu éliminer le danger de réduction inopinée dû à une telle discordance. Pour éviter ce risque, il s'impose d'imputer la valeur rapportable de l'avancement d'hoirie sur une réserve, et éventuellement une quotité disponible, calculées sur une masse qui tienne compte de la stipulation intervenue.

Mais la confrontation, qui donne lieu au résultat critiqué, n'existe pas en réalité.

La question de savoir quelle valeur de la libéralité on doit comparer à la masse d'imputation dégagée par le calcul ordonné par l'article 922 a été soulevée d'abord à propos des préciputs, qui ne peuvent subsister que dans la mesure de la quotité disponible. Devait-on retenir la valeur de la libéralité au jour de la donation ou au jour du décès ?

La prise en considération de la valeur de l'époque de l'ouverture de la succession a été soutenue par certains auteurs, partisans de la théorie de la réduction arithmétique inverse, qui consiste à déterminer le montant de l'excès à réduire en soustrayant la quotité d'imputation, c'est-à-dire le disponible s'il s'agit d'un préciput, calculée conformément à l'article 922, du montant de la libéralité[4]. Leur argument était que la réduction est un phénomène qui doit se manifester dès que le patrimoine du disposant se fige par le décès, dont la nécessité doit donc s'apprécier à cette date, et qui doit atteindre la valeur de la libéralité à cette date; ceci d'autant plus que la réduction s'opère en principe en nature, résolvant la donation et la remettant dans la masse pour sa valeur réelle au décès.

La théorie a été unanimement rejetée. Elle était contraire à l'esprit de la réforme de l'article 922 intervenue en 1938, qui est d'éliminer l'influence des variations de valeur du bien donné entre donation et décès sur la réductibilité de la libéralité; le système préconisé aboutissait à

177[3]. HEBRAUD, *L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux*, Etudes Ripert, 1950, t. I, p. 521; CATALA, th. précitée note 1, n° 182 *in fine*.

Civ. 30 juin 1910, *Le Grand*, S. 1910.1.529, note LYON-CAEN, et D. 1914.1.25, note NAST. Le Grand avait donné en avancement d'hoirie à quelques-uns de ses enfants des actions de la Bénédictine, lesquelles augmentèrent considérablement de valeur entre les différentes donations (*supra* n° 129) et entre les donations et le décès. La fraction du patrimoine que les dots représentaient à leurs dates restait dans les limites des parts des enfants; mais au décès, la valeur de la masse s'étant accrue moins vite que la valeur des dons et n'étant pas reconstituée par le rapport calculé d'après la valeur des biens au jour de la donation, les dots, surtout les premières en date, se révélèrent excessives et sujettes à réduction.

177[4]. *V.* l'exposé de cette doctrine, avec un exemple d'application chiffré, dans PATARIN, *L'évaluation, suivant l'article* 922 *du Code Civil, des donations réductibles en nature et en valeur*, R.G.N. 1954, art. 27264, n° 1.

un danger de réduction plus grand qu'avant la réforme[5]. Il est à la rigueur concevable que la valeur du bien au décès intervienne pour déterminer le montant de la réduction, puisque c'est lors de l'ouverture de la succession que s'opère cette réduction (art. 920 C.civ.); mais la détermination de la réductibilité constitue un problème différent, réglé par l'article 922, qui est autonome[6].

Les raisons formulées à propos du préciput sont valables en cas d'avancement d'hoirie, que le rapport soit fixé d'après l'évaluation au décès, au partage, ou à forfait. Le disposant ne donne pas plus que s'il s'en était tenu à l'estimation légale; simplement il oblige à rapporter davantage. L'existence d'un dépassement des limites légales s'apprécie dans tous les cas par la comparaison de la valeur de la libéralité au temps où elle est faite et de la valeur de ce dont il est permis de disposer, calculée sur une masse qui comprend la même estimation. Quant au calcul de la réduction elle-même, il s'opère par le procédé proportionnel, qui n'a rien à voir avec une quelconque imputation[7].

L'in itiative prise par le disposant relativement à la détermination de la valeur rapportable de sa libéralité n'est donc nullement susceptible de réagir sur l'établissement du montant de la masse réservée. Cette conclusion est celle à laquelle aboutit également un appel au caractère d'ordre public des dispositions de l'article 922 du Code Civil.

C. — Le caractère d'ordre public du calcul prescrit par l'article 922 du Code Civil:

178. — L'absence d'influence de la fixation du montant du rapport par le disposant est conforme au principe traditionnel selon lequel l'article 922 du Code Civil est un texte impératif et d'ordre public. Il est en effet logiquement reconnu que, la réserve constituant une masse intangible et dévolue par la loi, toutes les règles qui la concernent échappent au pouvoir du disposant. L'inefficacité de l'initiative de celui-ci

---

177[5]. Patarin, *op. et loc. cit.* 177[4]

Savatier, R.T.C. 1952 pp. 250-251. A; cet auteur attribuait, à la suite d'un malentendu, la théorie critiquée à M. le Doyen Voirin, qui en est l'un des plus nets adversaires (*infra* 177[6]). C'est d'ailleurs dans cette chronique de jurisprudence que M. le Doyen Savatier formule son système de réduction proportionnelle, calculée selon la fraction de la totalité de la masse successorale que représente l'excès de la libéralité; cette suggestion a été rejetée par de nombreux arrêts de la Cour de Cassation (*infra* n° 206), dont M. Savatier est persuadé qu'ils ont adopté son point de vue (cf. note au D. 1963.J.217, I-B, et obs. R.T.C. 1965.693).

177[6]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1952.2.6988; Blin, obs. au J.C.P. 1954.2.7919, II. Cette indépendance des questions de vérification de l'existence d'un droit et de liquidation de ce droit est un phénomène général, mis en évidence et exploité par la jurisprudence sur l'attribution préférentielle, la réduction, la lésion. Cf. Catala, *La jurisprudence, gardienne de l'égalité successorale*, D. 1962. Chr. pp. 99-108.

177[7]. *V. infra* n° 206.

peut être tout aussi bien expliquée par le caractère impératif du calcul prescrit par l'article 922, que par l'absence de technique apte à donner l'efficacité à une atteinte indirecte découlant de la dérogation aux principes légaux de détermination du montant du rapport. La volonté du disposant, si puissante en matière de rapport, est impuissante en matière de réduction.

179. — La jurisprudence n'a pas formulé les raisons de son attitude, mais elle n'a jamais hésité à appliquer strictement à l'avancement d'hoirie l'estimation prévue par l'article 922, ce qui incite à penser qu'elle n'a même pas envisagé qu'on pût déroger aux prescriptions de ce texte.

Dès avant la loi du 7 février 1938, substituant la date de la libéralité à celle de l'ouverture de la succession pour l'évaluation des libéralités prises en compte pour l'établissement de la réserve, il existait des cas où l'avancement d'hoirie figurait pour une valeur différente dans le calcul prévu par l'article 922 et dans la détermination du montant du rapport en moins prenant. Quels que fussent les inconvénients de la divergence, jamais on n'a fait céder la règle légale à la volonté présumée ou exprimée par la fixation du rapport. Dans l'affaire de *la Bénédictine Le Grand* ni les tribunaux, ni les commentateurs de leurs décisions, n'ont songé à arguer de ce que la valeur rapportable des actions données n'était que celle que ces meubles présentaient à la date de la donation et non à celle du décès, pour modifier le calcul ordinaire de la masse réservée, en n'y incluant que cette valeur, ce qui eût évité la réduction de ces avancements d'hoirie[1]. Dans le même sens on peut relever qu'à propos des nombreuses affaires de fixation du rapport à forfait, la jurisprudence n'a pas retenu les critiques de quelques tribunaux de première instance, qui, croyant à l'influence du forfait sur le calcul de la réserve, rejetaient en conséquence cette clause comme pacte sur succession future prohibé[2]. Des arrêts rendus sous l'empire de l'ancien article 922 ont toujours considéré que c'était la valeur du bien au décès qui intervenait dans l'établissement de la masse réservée et de la quotité disponible.

Depuis que s'applique la réforme de 1938, les arrêts retiennent exclusivement la valeur du bien donné à la date de la libéralité. Ainsi,

---

179[1]. Affaire relatée supra 177[3]. L'argument des adversaires de la réduction était que les plus values advenues aux titres étaient l'œuvre des donataires, et que seule la valeur des biens au jour de la donation avait été donnée et devait être comptée dans le calcul de l'article 922.

179[2]. Trib. civ. Clermont-Ferrand 11 déc. 1889, *De Clerval*, relaté dans la note anonyme au D. 1892.2.237 sous l'arrêt d'appel, Riom 9 déc. 1890. *Contra*, implicitement, tous les arrêts sur le rapport forfaitaire, notamment ceux cités *supra* 149[1], et, expressément, Civ. 14 janv. 1856, *Martin*, S. 1856.1.289. *V.* aussi Depierrois, *L'indivisibilité appliquée à l'intervention des cosuccessibles à une donation...*, R.G.N. 1956, art. 27403, n° 9.

en cas de fixation d'un rapport à forfait, ils décident que la réserve doit se calculer sur une masse comprenant la valeur du bien à l'époque où est intervenue la donation[3].

Les partisans de l'efficacité de l'initiative du disposant sur le compte d'établissement de la réserve prennent appui sur l'un des attendus d'un arrêt de la Cour de Cassation en date du 12 juillet 1956[4], ainsi libellé: « attendu... que la Cour d'Appel, ayant constaté l'absence de toute clause dérogatoire aux règles du Code Civil sur la réduction des legs, a, par une exacte application de l'article 922 du Code Civil, déclaré que le dépassement de la quotité disponible devait être apprécié à l'ouverture de la succession, et a par les motifs donnés répondu aux conclusions invoquées ». M. CATALA se demande si l'on doit en inférer la validité d'une clause retenant une autre date pour la recherche du dépassement[5]. A la vérité, l'arrêt de la Cour de Cassation n'affirme rien; il ne statue pas sur le caractère impératif de l'article 922; il s'occupe d'une question de régularité de la procédure, de savoir si la Cour d'Appel a répondu aux conclusions des parties, et non d'une question de fond. Quant à l'arrêt d'appel, il se livre à des considérations de pur fait[6].

Rien ne permet de mettre en doute le caractère impératif de la règle posée par l'article 922 et son application à tout avancement d'hoirie.

180. — L'avancement d'hoirie, comme toute libéralité, contribue à la formation d'une masse de calcul de la réserve qui, en l'état actuel de la législation, est faite d'éléments divers appréciés à des époques dissemblables. Il est ainsi responsable pour partie de la constitution d'une réserve différente de ce qu'elle eût été en l'absence de libéralité. Cette divergence est contraire au principe de la réserve en nature, qui suppose une participation des réservataires aux fluctuations économiques des biens donnés et des biens existants, car la réserve est *pars hereditatis*, part du patrimoine du défunt tel qu'il eût été s'il n'y avait pas eu de dispositions à titre gratuit, si les biens donnés figuraient encore en nature dans la succession[1]. Les droits des réservataires sont faussés dès le départ des opérations de leur établissement; les légitimaires sont assurés d'obtenir une part différente, le plus souvent inférieure, de ce qu'elle serait dans une succession intacte, même ramenée à la fraction minima que la loi leur réserve. Mais ce résultat fâcheux est dû davantage à la règle, générale à toutes les libéralités, que pose l'article 922 nouveau du Code Civil, qu'à une particularité de l'avancement d'hoirie. Celui-ci apparaît,

---

179[3]. Orléans 9 fév. 1949, *Ponroy*, J.C.P. 1949.2.5062, obs. ROUBIER, G.P. 1949 1.237, S. 1950.2.55, arrêt qui argue aussi du caractère impératif et d'ordre public des règles de la réserve.

179[4]. Civ. 12 juill. 1956, *Pellerin*, J.C.P. 1957.2.9691, obs. VOIRIN.

179[5]. CATALA, art. cit. 167[1], n° 26 *in fine*.

179[6]. Dans le même sens: PATARIN, *La loi du 19 déc.* 1961..., R.G.N. 1962, art. 28186, p. 145.

180[1]. JEANTET, th. cit. 167[1], n° 298-303; HÉBRAUD, art. cit. 177[3], p. 511; CATALA, th. cit. 177[1], n° 199-203.

sous cet aspect, une libéralité comme une autre. Il n'en va pas de même lorsqu'on s'attache à l'étude de ses effets quant à l'attribution de la réserve.

Section II

L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET L'ATTRIBUTION DE SA PART DE RÉSERVE AU GRATIFIÉ

181. — Une fois déterminé le montant en valeur absolue des droits réservés de chacun des héritiers, grâce au calcul prescrit par l'article 922 du Code Civil, il convient d'examiner comment les légitimaires obtiennent cette réserve. En ce qui concerne l'héritier gratifié en avancement d'hoirie, il résulte de la solution du problème de l'imputation que la libéralité est considérée avant tout comme une avance sur sa part réservée. Il semble donc que dans cette mesure l'avancement d'hoirie ne saurait être mis en cause par une réduction et que seul le rapport joue (§ 1). Cependant cette déduction logique crée, du fait des différences qui séparent le rapport et la restitution apte à reconstituer la réserve, une atteinte considérable aux principes de la réserve (§ 2).

§ 1. — Le jeu du rapport à concurrence de la réserve du gratifié.

182. — L'avancement d'hoirie constitue incontestablement une attribution anticipée de sa part dans la succession, et partant de sa part dans la réserve, à l'héritier qui en bénéficie. Mais on peut se demander si cette constatation ne doit pas limiter ses effets au domaine des vérifications d'ordre comptable, axées sur le sort des autres libéralités, qui sont le fait des opérations d'imputation, et si son application aux relations du gratifié avec ses cohéritiers pour le partage de la succession est légitime. Car la technique qui est apte à reconstituer la réserve, qui doit exister dans la succession comme s'il n'avait été consenti aucune libéralité, est la réduction et non le rapport. La tentation est grande d'appliquer la réduction à la partie de l'avancement d'hoirie qui correspond aux droits réservés du gratifié. Pourtant aucun doute n'existe en droit positif sur l'application du seul rapport dans cette mesure.

A. — La tentation d'appliquer la réduction:

183. — Le caractère d'ordre public des règles de la réserve héréditaire, et particulièrement de celles qui concernent son attribution, est indiscuté. La réserve constitue une masse intangible. Le disposant ne saurait donc procéder à sa répartition entre ceux qui y ont droit, expose-t-on. Cette opération est du ressort de la dévolution légale, sauf dans le

cas exceptionnel du partage d'ascendant. Pour que la loi puisse s'appliquer, il faut que tout ce qui a été prélevé sur la réserve soit restitué à la masse successorale. De la sorte la réserve présente les caractères qu'on attend d'elle: elle est collective, transmise indivisément; elle est en nature, telle qu'elle eût été en l'absence de libéralité. Elle peut alors subir le partage légal. Le mode de remise dans la succession, qui est prévu pour assurer cette reconstitution de la masse réservée, est la réduction. Le rapport vise une fin plus large et plus floue, l'égalisation des parts successorales ordinaires des héritiers; il est donc inadapté à cette fonction précise[1].

Sans doute l'héritier gratifié a-t-il des droits dans la réserve, et paraît-il peu rationnel de lui enlever par la réduction ce que le partage lui rendra. Mais n'est-ce pas ainsi qu'on procède en matière de préciput à réservataire? On reconstitue d'abord la réserve par la réduction et ensuite seulement on attribue des biens au gratifié à concurrence de ses droits réservés. S'il bénéficie d'un des textes qui permettent de conserver en nature l'objet de la libéralité qui entame la réserve, on établit le montant de ce qu'il doit restituer en valeur, conformément aux règles de réévaluation propres à la réduction, et ensuite on impute ses droits réservés sur ce qu'il doit remettre dans la succession. Il rend moins: en nature, si les circonstances sont telles que seul l'article 924 du Code Civil peut jouer; en valeur, s'il se trouve dans le champ d'application de l'article 866 du Code Civil. Les articles 924 et 866 visent des cas où la réserve est entamée par une libéralité, et ils ordonnent que cette libéralité soit réduite dans toute cette mesure, bien que le gratifié figure au nombre des réservataires et qu'il cumule ses droits dans la réserve avec la possibilité d'obtenir toute la quotité disponible. Le doute, qui était né de la théorie du rapport mode unique de réduction des libéralités à successible, a été complètement dissipé par une série d'arrêts fort nets de la Cour de Cassation[2]. L'avancement d'hoirie qui entame la réserve doit de même subir la réduction.

Ce point de vue radical est actuellement soutenu par une minorité d'auteurs[3]. Le système d'imputation adopté détermine alors l'ampleur de la réduction. Celle-ci sera souvent totale: dans le système de l'imputation sur la part de réserve et subsidiairement sur le disponible, dès lors

---

1 3 1. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2973-2976 et 2982.

2 3 2. *Supra* n° 68-69.

3 3 3. Ripert et Boulanger, *loc. praecit.* 1 3 1; Choteau, *Du rapport des libéralités*, J.N. 1966 art. 47683; v. aussi Patarin, commenté *infra* n° 197.

Adde: Depierrois, *Donation en avancement d'hoirie à un enfant d'un immeuble ayant augmenté de valeur depuis la donation*, J.N. 1960 art. 46105, n° 6 et 8; et Raison, *Traité Général du Notariat*, V° Partage, Livre II titre II, quotité disponible, n° 280. L'adhésion de ces deux auteurs au système n'est que fort partielle. Ils ne le font jouer que si la réserve des cohéritiers se trouve atteinte; ils appliquent alors la réduction à toute la partie de l'avancement d'hoirie imputable sur la réserve, y compris la part du donataire. Dans les autres cas, bien que l'avancement d'hoirie s'impute sur la réserve dans la mesure de la part du gratifié, ils se contentent du rapport (cf. Depierrois *loc. cit.* n° 2). On saisit mal les raisons de la distinction.

que l'avancement d'hoirie n'excède pas la part réservée du bénéficiaire; dans le système de l'imputation sur la réserve globale, s'il reste dans les limites de cette dernière. Dans les deux cas, seule la partie, souvent la plus faible, qui porte sur la quotité disponible, échappe à la réduction.

184. — Le résultat obtenu est totalement différent de celui du rapport. C'est la réduction qui joue, ou, si l'on préfère reprendre l'expression de RIPERT et BOULANGER, le *rapport à fin de réduction*[1].

La réduction s'exécute en principe par une remise en nature du bien dans la masse partageable, alors que le rapport s'opère en règle générale par une restitution purement comptable. Elle anéantit souvent complètement l'avancement d'hoirie, même lorsqu'elle n'est que partielle, si l'objet de la libéralité est impartageable en nature[2], alors que le rapport l'eût laissé subsister. Le partage pourra alors effectuer des attributions égales en nature et en valeur, parfaitement conformes aux principes de la réserve.

Certes la réduction se fera souvent en valeur, grâce à l'extension du domaine de l'article 866 du Code Civil, et grâce à l'application de l'article 924 qui vise précisément le sort de la part réservée du gratifié. La réserve ne sera pas reconstituée en nature; mais elle le sera du moins en valeur exacte. Car le montant de la réduction se détermine par une réévaluation, à la date du partage, de la fraction réductible du bien, alors que le rapport est, sauf clause contraire, immuablement fixé à la valeur du bien à la date de la libéralité[3].

A côté de ces oppositions essentielles, il existe des différences secondaires de régime entre rapport et réduction. La réduction n'intervient qu'à la suite d'une action, qui se prescrit par le délai de 30 ans, alors que le rapport a lieu de plein droit et est imprescriptible, comme le droit au partage. Le sort des fruits des biens à restituer n'est pas le même dans les deux cas (art. 856 et 928 du Code Civil)...

La confusion entre les deux modes de restitution n'est donc pas possible[4]. Un rapprochement a été tenté avant les réformes de 1938 par certains partisans du rapport mode unique de réduction des libéralités à successibles, qui minimisaient les différences, afin de ramener l'infériorité du rapport à la réduction dans la reconstitution de la réserve au fait de quelques cas exceptionnels[5]. L'idée était effectivement séduisante: les avancements d'hoirie étaient à cette époque le plus souvent rapportés en nature, ce qui éliminait le problème; quand il y avait lieu à rapport en valeur, il y avait lieu aussi à réduction en valeur, les articles 860 et 930, 859 et 924 du Code Civil étant parallèles, et l'article 866 étant

---

184[1]. *V. supra* 69[2].
184[2]. *Supra* n° 73 *in fine*.
184[3]. *Infra* n° 206.
184[4]. Cf. JEANTET, th. cit. 167[1], n° 239-244.
184[5]. BATIFFOL, note au S. 1934.1.121, sous Req. 14 mars 1933, *Gavot*.

commun au rapport et à la réduction; seuls restaient irréductibles le rapport des meubles, prescrit en moins prenant par l'article 868, et le rapport en valeur issu d'une stipulation expresse. Mais les apparences étaient fallacieuses. Le rapport est bien différent de la réduction, et c'est lui seul qui affecte la part réservée de l'héritier gratifié en avancement d'hoirie.

B. — L'application du rapport:

185. — Les arguments présentés en faveur de l'application de la réduction ne se révèlent pas probants, si on les confronte avec les caractères propres de l'avancement d'hoirie.

Il ne faut pas se faire un obstacle de la règle de la dévolution légale, *ab intestat*, de la réserve. La survie de la vocation légale du gratifié en avancement d'hoirie pour l'obtention du bien qui lui est attribué par le disposant[1] fait que c'est plus la loi que la volonté individuelle qui transmet la réserve. Surtout, il est de la nature de l'avancement d'hoirie, attribution anticipée de ses droits successoraux à l'héritier, de même que de celle du partage d'ascendant, d'opérer la dévolution de la part de réserve de son bénéficiaire, noyau des droits héréditaires de celui-ci. La part réservée du gratifié est le champ d'application naturel de l'avancement d'hoirie. Et les textes sur le rapport en moins prenant perdraient presque tout sens si on les empêchait de jouer dans ce domaine; le législateur n'a pu vouloir une telle restriction de leur portée, alors qu'il étendait l'emprise de ce mode de restitution[2].

La comparaison avec le préciput, dont on argue, ne saurait être efficace, car pour le préciput l'imputation sur la réserve est subsidiaire et sans aucun rapport avec la fonction de la libéralité, qui est d'opérer absolument en dehors des droits du gratifié dans la succession et dans la réserve. Le préciput est « hors part ».

Quant à l'appui que la comparaison trouverait dans le caractère général des articles 866 et 924, qui imposeraient la réduction de toute libéralité entamant la réserve, c'est un argument exégétique qui repose uniquement sur la généralité du libellé de ces textes[3].

185[1]. *Supra* n° 84-88.

185[2]. Patarin, *La réduction des donations rapportables en moins prenant faites à un héritier réservataire acceptant la succession*, R.G.N. 1960, art. 27956, p. 338; Catala, *L'art. 866 C.civ. et l'attribution de la réserve*, R.T.C. 1960, pp. 391-425, n° 16.

185[3]. Pour les partisans du rapport mode de réduction des libéralités à successibles, la réponse était encore plus directe. Les articles 866 et 924 s'appliqueraient aux avancements d'hoirie, même dans la mesure de la part de réserve du gratifié; mais ils ne déterminent qu'un rapport, confirmant ainsi l'application intégrale du rapport aux libéralités à successibles. Cf. Jeantet, th. cit. 167[1], n° 240-241. Mais nous avons déjà noté que cette théorie devait être repoussé en bloc, *supra* n° 69.

186. — La pratique et la jurisprudence appliquent le rapport sans manifester d'hésitation.

Déjà dans l'ancien droit, le rapport s'appliquait seul à la part de réserve revenant au donataire[1]. Sans doute, étant donné le principe du rapport en nature, l'absence de réduction n'apparaissait-elle clairement que dans le cas des donations de meubles, dont le rapport en simple valeur laissait subsister le problème de la réduction en nature; et cela pouvait-il être mis au compte d'une exception aux principes de la réserve, due au peu d'importance des meubles et à la rareté du rapport en moins prenant. Mais, si les circonstances ont changé depuis 1804 et surtout depuis 1938, jamais ne s'est marquée une rupture de la tradition.

Jamais aucun doute n'a été émis en jurisprudence; on ne trouve pas d'arrêt refusant à un rapport en moins prenant de fonctionner, pour atteinte à la réserve. Pourtant on aurait pu hésiter, au moins dans le cas où le rapport en moins prenant de l'avancement d'hoirie n'était pas prévu par la loi et où son application demandait une justification réfléchie, c'est-à-dire lors de l'introduction du rapport en moins prenant issu d'une stipulation expresse du disposant, au XIXe siècle.

Peut-être sera-t-on tenté d'expliquer la jurisprudence, qui n'a pas réagi contre l'application du rapport, par une certaine équivalence entre rapport et réduction. Sans doute la réduction s'opérait-elle presque toujours en nature jusqu'en 1938, alors que le rapport qu'on lui substitue se fait en valeur par hypothèse; mais cette différence n'a pas empêché la Cour de Cassation de valider, par un arrêt du 14 mars 1933, la stipulation par laquelle le disposant prescrivait le « rapport » en moins prenant d'un préciput à réservataire dans la mesure de la part réservée de celui-ci[2]. A une époque où le rapport en valeur restituait à la masse, en principe, l'estimation du bien à l'ouverture de la succession, on pouvait confusément considérer qu'il reconstituait la réserve, au moins par équivalent[3]. Mais, si le fondement de la jurisprudence avait été celui-là, l'admission du jeu du rapport à concurrence de la part de réserve revenant à l'héritier gratifié en avancement d'hoirie aurait dû cesser avec le revirement de la Cour de Cassation, qui depuis 1953 applique la réduction au préciput à réservataire même dans la mesure des droits réservés de celui-ci[4]. Aujourd'hui la divergence entre

---

186[1]. PATARIN, art. cit. 185[2], pp. 331 et 338.

186[2]. Req. 14 mars 1933, *Gavot*, S. 1934.1.121. note BATIFFOL.

186[3]. L'arrêt, isolé, nous paraît reposer sur une confusion, involontaire dans une large mesure; les partisans du rapport mode de réduction y ont vu une décision lourde de sens: cf. la note de M. BATIFFOL, et JEANTET, th. cit. 167[1], n° 247.

186[4]. Civ. 29 déc. 1953, *Berdeaux*, J.C.P. 1954.2.7919, obs. BLIN, R.G.N. 1954, art. 27244, note PATARIN, D. 1954. J. 327, décidant que le pourcentage à réévaluer, que le dépassement de la quotité disponible représente par rapport à l'ensemble de la libéralité, se calcule sans tenir compte des droits du gratifié dans la réserve; décision suivie d'une série d'arrêts cités *infra* 207[1-7]. Ces arrêts sont ceux qui ont mis fin à la théorie du rapport mode unique de réduction des libéralités à successibles (*v. supra* n° 69).

rapport et réduction est bien connue, et tellement importante quant aux résulats qu'il n'est pas à craindre qu'une confusion subsiste en matière d'avancement d'hoirie. Or l'application du seul rapport à concurrence de la part réservée du gratifié en avancement d'hoirie n'est nullement contestée.

187. — Les circonstances dans lesquelles l'avancement d'hoirie est consenti sont naturellement sans influence sur sa réductibilité dans la mesure où il s'impute sur la réserve de l'héritier qui en bénéficie, puisque le jeu du rapport découle de la structure même de ce type de libéralité.

Pourtant un auteur isolé, M. le Professeur PATARIN, soutient que lorsque l'avancement d'hoirie est fait après épuisement de la quotité disponible, il est astreint à la réduction, même s'il ne déborde pas les limites de la part réservée du gratifié[1]. Cette circonstance devrait être indifférente, puisque l'avancement d'hoirie ne s'impute pas sur le disponible épuisé; pourquoi le disposant ne pourrait-il pas faire après la donation préciputaire un avancement d'hoirie, qu'il aurait aussi bien pu faire avant sans se priver de la faculté d'utiliser la portion disponible? M. PATARIN répond qu'après avoir épuisé le disponible, le *de cujus* ne peut plus faire de libéralités qui ne soient soumises à réduction. Car l'article 920 du Code Civil stipule: « Les dispositions, soit entre vifs, soit à cause de mort, qui excèderont la quotité disponible, seront réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession », et l'article 923 décide que la réduction commence par les libéralités les plus récentes et l'article 925 déclare caduques toutes les dispositions testamentaires faites après épuisement de la quotité disponible par les donations; ces textes ne distinguent pas entre avancements d'hoirie et préciputs. La seule exception à la réduction de ce type d'avancement d'hoirie résiderait dans le cas où le demandeur a déjà été nanti de sa propre réserve par un autre avancement d'hoirie, car il est alors irrecevable à agir, l'action en réduction n'appartenant qu'à l'héritier qui n'est pas pourvu de sa réserve[2].

Cette thèse semble méconnaître la limitation dans le temps des effets de l'existence d'une réserve dans la succession. Le disposant ne perd jamais le droit de faire des libéralités tant qu'il vit, même si la quotité disponible paraît excédée. Car tant qu'il est en vie sa fortune peut augmenter et le disponible peut s'élargir[3]. Une donation qui paraît excessive peut ne pas l'être. La quotité disponible ne se fixe qu'au décès. Et alors, pour apprécier s'il y a lieu à réduction, on compare les dispositions à titre gratuit aux possibilités légales de les faire; dans cette opération intervient l'imputation de l'avancement d'hoirie sur la part réservée du bénéficiaire, et fatalement, puisque par hypothèse l'avancement d'hoirie est inférieur à cette réserve, il ne saurait apparaître réductible.

187[1]. PATARIN, art. cit. 185[2], pp. 339-341.
187[2]. Bordeaux 18 janv. 1870, *Derratier*, S. 1871.1.237, sous Req. 6 nov. 1871.
187[3]. VOIRIN, obs. au J.C.P. 1962.2.12491, I.

En aucun cas l'avancement d'hoirie ne subit la réduction dans la mesure où il porte sur la part de réserve qui revient à l'héritier gratifié. Seul le rapport joue, bien que son organisation très libérale paraisse inapte à assurer la sauvegarde des stricts principes de la réserve.

§ 2. — L'atteinte portée aux principes de la réserve.

188. — Le rapport intervenant à concurrence de la quote-part de l'héritier bénéficiaire de l'avancement d'hoirie dans la masse réservée, les vices qui se manifestent dans son influence sur la parité en nature des attributions successorales et sur leur égalité en valeur vont porter sur la fourniture des droits des héritiers dans la réserve. Il convient de prendre l'exacte mesure de l'atteinte portée aux principes de la réserve par chacune de ces irrégularités.

A. — L'absence d'égalité en nature des parts de réserve:

189. — Grâce au rapport en valeur, le gratifié conserve en nature le bien à lui donné ou légué. Nous savons que, dans la mesure où intervient ce mode de restitution, l'avancement d'hoirie joue un rôle d'allotissement, de partage définitif de la succession. Le bien est soustrait au partage ordinaire. Les cohéritiers n'ont plus aucune chance de l'obtenir. Et, si ce bien est unique de son espèce dans la succession, il y a disparité entre les parts des héritiers. Le phénomène porte ici sur la réserve, noyau de la succession, dévolu *ab intestat*, devant donc échapper au pouvoir du *de cujus*. La situation est la même que si le disposant était autorisé à attribuer d'emblée sa part de réserve au gratifié[1]; elle est la même que dans le partage d'ascendant, qui est dispensé de rapport et qui échappe à toute vérification ultérieure quant aux attributions de réserve qu'il opère[2].

Le problème est de savoir si cette disparité constitue véritablement une dérogation aux principes de la réserve, et, si oui, quelle en est la justification.

190. — *a*) Pour nombre d'auteurs, la répartition de la réserve entre les réservataires est une question étrangère aux principes de la réserve. Nast, puis le Doyen Batiffol, ont soutenu que cette répartition, intervenant une fois que la réserve est assurée globalement, constitue

---

189[1]. Vialleton, *Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve*, R.T.C. 1940-41, p. 20; Catala, th. cit. 177[1], n° 293.

189[2]. Pellegrin, th. cit. 171[2], n° 126.

une pure question de partage[1]. Des auteurs récents se rangent à ce point de vue[2]. Le problème ne porte donc pas sur la violation des règles de la réserve, mais sur celle des règles du partage, ce qui est tout différent[3]. Le partage souffre de ne pas s'opérer selon les principes du droit commun[4].

Or nous savons qu'il est admis sans difficulté que l'avancement d'hoirie déroge aux règles du partage[5]. D'ailleurs depuis la modification de l'article 832 du Code Civil en 1938, assouplissant l'égalité en nature, l'infraction est moins fréquente qu'auparavant. La disparité des attributions de réserve ne poserait donc pas de problème en soi.

191. — Pourtant, si l'on prend en considération deux des principes de la réserve: son caractère collectif et la nécessité de la fournir libre de charges, on doit constater qu'ils ne sont pas respectés.

La réserve étant assignée collectivement par la loi aux héritiers qu'elle désigne, dès qu'une libéralité porte sur elle, il faut qu'elle soit restituée au partage *ab intestat*. La réserve n'est pas une prérogative propre à chaque héritier, mais un tout, une *pars hereditatis* soumise nécessairement aux règles de la dévolution *ab intestat*[1]. Grâce au rapport en moins prenant, un héritier reçoit privativement sa part de réserve, par un mode d'attribution qui prive le partage légal de son objet naturel et qui opère en dehors de ses principes de répartition[2]. Même si le partage ordinaire devait aboutir au même résultat concret à cause de l'assouplissement de l'égalité en nature, ces principes sont violés, car le partage légal laisse à chacune des parties des chances égales, alors qu'ici le lot de l'une d'elles est prédéterminé; c'est, encore davantage que le résultat, le procédé

190[1]. Nast, *De la règle suivant laquelle la réserve héréditaire doit être fournie en nature à l'héritier*, R.G.N. 1931, art. 22858, n° 15 et suivants; Batiffol, note au S. 1934.1.124, 2e colonne; à propos surtout du préciput débordant sur la réserve de l'héritier gratifié, qui crée pour ces auteurs, partisans du rapport mode de réduction des libéralités à successibles (*v. supra* n° 68), une situation identique à l'avancement d'hoirie.

190[2]. Catala, th. cit. 177[1], n° 260 et 285; Patarin, art. cit. 185[2], pp. 336-337.

190[3]. Schapira, *Remarques sur le droit de l'héritier réservataire à exiger sa réserve en nature*, Revue critique 1936, p. 381...

190[4]. M. Donnier, *Quelques incidences de la législation de* 1938 *sur le rapport des libéralités*, thèse Montpellier 1952, p. 57, soutient même que, le rapport en moins prenant constituant un élément du droit commun du partage, il n'y a aucune dérogation. C'est oublier que le partage ordinaire est le partage *ab intestat*, et qu'il ne subit par conséquent l'influence d'aucune disposition du *de cujus*.

190[5]. *Supra* n° 94 et suivants.

191[1]. Mais il ne faut pas confondre le respect des règles du partage légal, qui en résulte, avec un prétendu droit du réservataire à recevoir une part de chaque espèce de biens composant le patrimoine du défunt. Ce droit n'existe pas; dans la limite de la quotité dipsonible, le père de famille peut faire les dispositions qu'il lui plaît, donc composer sa réserve indirectement. Ici il ne s'agit que d'une répartition paritaire de la réserve, et non du patrimoine entier.

191[2]. La situation est la même quand un préciput à réservataire bénéficie des dispositions de l'article 924 du Code Civil. On ne nie pas alors qu'il y a exception aux principes de la réserve, sauf les auteurs qui estiment qu'il s'agit d'un rapport (Nast, Batiffol).

de l'attribution directe qui est condamnable. Il fait du rapport en moins prenant, en ce qu'il concerne la réserve, une atteinte incontestable au caractère collectif de celle-ci[3].

De plus, la réserve transmise à l'héritier gratifié en avancement d'hoirie n'est pas libre de charges[4]. Elle ne lui est pas acquise comme s'il la tenait de la loi elle-même. Car son attribution anticipée s'accompagne de l'imposition au donataire ou légataire de se soumettre à des règles de partage différentes des règles ordinaires. Il résulte de la libéralité rapportable en moins prenant, que le partage, comportant des opérations de prélèvement et d'imputation, ne peut pas procurer au gratifié n'importe lequel des biens restés libres dans la masse successorale.

De façon générale, par le fait de l'avancement d'hoirie rapportable en valeur, les choses ne se passent pas comme s'il n'y avait pas eu de libéralité portant sur des biens qui ne faisaient pas partie de la portion disponible. Et, partant, l'intangible réserve est affectée.

192. — On peut trouver une preuve du caractère dérogatoire des attributions de réserve, dans la jurisprudence sur le legs avec faculté d'élection portant sur la part réservée revenant à son bénéficiaire. Les arrêts n'admettent pas que le disposant autorise le réservataire à composer lui-même sa part de réserve, alors qu'il peut lui laisser le choix des biens qui le rempliront de la quotité disponible qu'il lui lègue[1]. « La réserve constitue une succession *ab intestat*,... les règles du partage des successions lui sont dès lors applicables...[2]. La doctrine appuie cette position[3].

La situation est la même dans la clause d'élection et dans la clause de rapport en moins prenant. Dans les deux cas la réserve globale est intacte, puisque dans le premier le disposant respecte expressément

---

191[3]. JEANTET, th. cit. 167[1], n° 246 et 248.

191[4]. JEANTET, th. cit. 167[1], n° 245.

192[1]. Montpellier 27 déc. 1866, *Tapié-Mengaud*, S. 1867.2.293; Orléans 5 juill. 1889, *Bizot*, sous l'arrêt de rejet du pourvoi: Req. 29 juill 1890. D. 1891.1.28, note anonyme, et S. 1891.1.5 note LABBÉ; Req. 16 janv. 1912, *Depaul*, D. 1912.1.501 et S. 1915.1.73, note NAQUET; Angers 22 oct. 1943, *Guérif*, J.C.P. 1943.2.2466; Civ. 18 janv. 1961, *Aurengo*, Bull. Cass. Civ. 1961.1.40; Paris 10 déc. 1962, *De Noailles*, J.C.P. 1963.2.13160 obs. VOIRIN, et obs. SAVATIER R.T.C. 1963.592.

192[2]. Orléans 5 juill. 1889, *Bizot*, précité 192[1].

192[3]. LABBÉ, note au S. 1891.1.5; VIALLETON, art. cit. 189[1], pp. 17-18; DE PAGE, t. VIII-2, n° 1405-C; VOIRIN, obs. au J.C.P. 1963.2.13160-II.

Contra: COLIN-CAPITANT, 9e éd. par JULLIOT de la MORANDIÈRE, t. 3, n° 1496; PLANIOL et RIPERT, t. 5 par TRASBOT et LOUSSOUARN, n° 27 p. 38. SAVATIER, obs. R.T.C. 1963.592. Mais ces auteurs se fondent sur l'assouplissement de l'égalité en nature depuis 1938; or, si en fait il découle du libellé actuel de l'art. 832 C.civ. que le résultat concret de la composition individuelle des parts de réserve n'est pas contraire à l'égalité des partages, il n'en demeure pas moins qu'il n'y a pas partage *ab intestat*, avec intervention du sort. Le respect de la réserve est plus qu'une simple question de règles de partage; c'est une question d'influence du disposant sur ces règles: il ne la laisse pas s'exercer, même si l'initiative du disposant aboutit au même résultat. Il faut distinguer fait et droit.

son quantum, et que dans le second l'imputation aboutit, de manière comptable, au même résultat; il s'agit d'une question de répartition des biens à l'intérieur de la masse réservée.

Certes la crainte d'un usage abusif de la faculté d'élection n'est pas étrangère à la prohibition de cette clause; mais pour l'éliminer, il eût suffi de réserver le cas de l'abus; or la jurisprudence édicte une interdiction complète. C'est donc que son fondement réside essentiellement dans la limitation des pouvoirs du disposant sur la distribution de la réserve; le disposant ne peut pas déléguer un droit qu'il n'a pas. L'avancement d'hoirie rapportable en moins prenant, qui donne au *de cujus* le pouvoir de répartir la masse réservée, mérite donc la même critique que la clause d'élection.

Pourtant, malgré l'atteinte flagrante aux principes de la réserve, on ne songe pas à mettre en cause la validité du rapport en moins prenant. Non seulement la réduction ne joue pas pour la part de réserve du gratifié, mais encore on ne reproche pas à la stipulation de rapport en moins prenant de constituer une condition illicite de la libéralité[4]. Il se pose un problème de justification de la dérogation apportée aux règles de la réserve en nature.

193. — *b*) Il semble que pour l'explication de l'atteinte portée aux principes de la réserve par l'avancement d'hoirie il ne faut pas exagérer l'importance de l'origine volontaire du rapport en moins prenant. Car c'est surtout la loi qui prescrit ce type de rapport; il intervient lorsque le disposant n'a manifesté aucune volonté en la matière, et même si effectivement il n'a pas envisagé en son for intérieur le mode de restitution de la libéralité. Le rapport en moins prenant est moins l'œuvre du disposant que celle du législateur[1]. Cette constatation est valable même pour la période antérieure à la généralisation de ce mode de rapport, époque à laquelle une véritable volonté apparaissait le plus souvent à l'origine du procédé. Car il était déjà des cas dans lesquels le législateur imposait le rapport en moins prenant, dont le plus typique était celui des libéralités mobilières; en stipulant la restitution de l'avancement d'hoirie en simple valeur, le *de cujus* ne faisait que s'inspirer d'un modèle fourni par la loi.

L'atteinte aux règles de la réserve n'est pas le fait du disposant, mais celui de la loi. C'est elle qui a créé et autorisé un mécanisme inconciliable avec les principes de la réserve, tout en le plaçant sous la responsabilité de droit du donateur ou testateur. Le législateur peut tout.

192[4]. Ce qui serait la sanction la plus adéquate, puisqu'en somme, si l'on se limite aux méfaits du rapport quant à la parité, nul ne réclame sa réserve (ce qui donnerait lieu à réduction), mais seulement une qualité de sa réserve.

[193[1]. Patarin, art. cit. 185[2], p. 338.

Encore faut-il, dans un système de droit cohérent, que les dérogations qu'il apporte aux principes qu'il pose par ailleurs se justifient par des motifs qui ne soient pas seulement d'ordre pratique.

194. — M. JEANTET a relevé que c'est surtout le caractère collectif de la réserve qui est atteint par le jeu du rapport en valeur, et que ce caractère est le plus fragile des attributs de la réserve[1]. Il constitue une simple conséquence technique de la réserve comme *pars hereditatis*. La réalisation des buts fondamentaux de l'institution de la réserve[2] ne souffre guère. Le but de protection de la famille n'est pas mis en cause, car il n'intervient qu'à l'encontre des libéralités adressées à des étrangers. Le but de protection individuelle, qui défend chacun des réservataires contre les libéralités faites aux autres, n'est pas vraiment manqué; car, si le rapport en moins prenant prive les cohéritiers de l'éventualité d'obtenir dans le partage les biens donnés, leurs parts de réserve n'en sont pas moins fournies en corps héréditaires.

D'autre part l'influence des solutions admises en matière de partage d'ascendant doit être tenue pour décisive[3]. Pourquoi sanctionnerait-on l'initiative du disposant dans l'avancement d'hoirie, alors que par le partage d'ascendant il peut instrumenter des attributions autoritaires de réserve? Depuis 1938, qui est aussi la date de la généralisation du rapport en moins prenant, ces attributions peuvent être franchement disparates, sans qu'on leur reproche d'attenter à la réserve en nature[4]. Quel que soit le particularisme du partage d'ascendant, il est difficile de refuser au disposant l'usage de la même liberté dans l'avancement d'hoirie, dans un droit qui s'attache plus au fond des choses qu'à leur désignation formelle[5].

Il faut toutefois se garder de relever l'influence du partage d'ascendant sur la liberté d'attribution de la réserve, sans vérifier la légitimité du rapprochement qu'elle fait naître entre les institutions. Sans quoi la validité du partage d'ascendant conduirait à justifier le simple rapport des préciputs débordant sur la réserve de l'héritier gratifié, qui peut d'ailleurs bénéficier aussi de l'observation présentée sur la fragilité du caractère collectif de la réserve: la théorie du rapport mode unique de réduction des libéralités à successibles recevrait un appui. Le rapprochement du partage d'ascendant et de l'avancement d'hoirie est seul légitime, car il repose sur une communauté de fonction: l'avancement d'hoirie rapportable en moins prenant a pour rôle d'attribuer par anticipation la succession, tout comme le partage d'ascendant. C'est

---

1941. JEANTET, th. cit. 1671, nº 246 et 248.

1942. *V.* ROUAST, *Les réformes de la législation civile qu'exige la restauration de la famille*, Semaines Sociales de France, session de Grenoble 1923, p. 343.

1943. Cf. VIALLETON, art. cit. 1891, pp. 21-22.

1944. *V. infra* nº 220; *contra*: JEANTET, th. cit. 1671, nº 288.

1945. *V. infra* nº 221-233, les risques de confusion entre partage d'ascendant et avancement d'hoirie.

cette fonction qui impose la dérogation aux règles de la réserve en nature[6]. Mais elle n'impose pas l'inégalité en valeur des parts de réserve, qui se manifeste parallèlement à la disparité en nature.

B. — L'absence d'égalité en valeur des parts de réserve:

195. — Les réservataires prennent leur réserve dans le partage d'une masse qui comprend: les biens libres de la succession, le produit de la réduction des préciputs excessifs, et éventuellement des avancements d'hoirie, dans la mesure où ils entament la réserve des cohéritiers du gratifié, le produit du rapport dans la mesure des imputations sur la quotité disponible et sur la part réservée de l'héritier gratifié. Chacun obtient sa quote-part, faussée au départ par l'arithmétique fantasque qui préside au calcul prescrit par l'article 922 du Code Civil, mais égale à ses droits ainsi fixés. Mais, par le jeu du rapport en moins prenant, le réservataire gratifié en avancement d'hoirie conserve en nature le bien transféré; celui-ci entre dans son lot de partage, et le nantit partiellement ou totalement de sa part dans la réserve. Il est précompté sur sa part pour sa valeur de rapport, établie à la date de la libéralité en principe. Il n'y a donc pas égalité entre les lots, car les cohéritiers obtiennent leur part en biens existants, en produits de réduction, ou en soultes, comptés pour leur valeur estimée à la date du partage[1]. Les parts de réserve du gratifié et de ses cohéritiers non gratifiés ne sont pas appréciées sur la même base.

Il en va de même lorsque plusieurs réservataires ont reçu des avancements d'hoirie échelonnés dans le temps. S'ils sont égaux nominalement, ils sont inégaux en consistance. S'ils sont égaux en consistance, ils sont inégaux nominalement; et les derniers dotés seront censés remplis de leur réserve avec une portion plus faible de la libéralité. L'héritier gratifié en avancement d'hoirie a le bénéfice exclusif de toutes les plus values qui affectent la part de réserve dont il est nanti.

Si le montant du rapport en moins prenant est déterminé d'après la valeur du bien, objet de l'avancement d'hoirie, au temps du partage, le déséquilibre disparaît; car tous les biens qui sont attribués aux réservataires se trouvent alors estimés sur la même base. L'atteinte à l'égalité des parts de réserve est la transposition de l'atteinte à l'égalité des lots de partage, mais elle prend une gravité particulière parce qu'elle porte sur la masse réservée.

196. — L'inégalité en valeur constitue une atteinte aux principes mêmes de la réserve.

L'atteinte ne se fait pas seulement par l'intermédiaire de la violation d'une véritable égalité dans le partage, se répercutant sur la réserve parce que la réserve, étant collective, est comprise dans le partage. On

---

194[6]. Cf. De Page, t. VIII-2, nº 1405-C-c.

195[1]. Catala, th. cit. 177[1], nº 292; Patarin, art. cit. 185[2], p. 330.

peut d'ailleurs se demander si cette inégalité existe au point de vue juridique, car nominalement les parts de réserve sont égales, et les plus values monétaires n'ont pas d'existence de droit...

L'atteinte véritable est directe. Le principe, fondamental, de la réserve en nature est violé en ce qu'il exige la participation des réservataires aux fluctuations de valeur des biens compris dans la masse intangible de la réserve. Il faut que les attributions reflètent la pleine valeur de ces biens, et que la situation soit la même que s'ils n'étaient pas sortis de la succession. L'objet de l'avancement d'hoirie, dans la mesure où il est un élément de la réserve, doit profiter également à tous les réservataires. Or par l'application à cette partie de la libéralité du rapport selon l'estimation au jour de l'acte gratuit, seul le réservataire bénéficie ou souffre des variations de la valeur du bien.

197. — Le résultat du jeu du rapport — inégalité entre réservataires et non participation de tous aux fluctuations de la masse réservée — est évidemment choquant. On ne manque pas de comparer le sort du réservataire gratifié en avancement d'hoirie à celui du réservataire gratifié par préciput[1]. Ce dernier a droit aussi à sa part de réserve, et il impute également la libéralité sur cette part, si l'insuffisance de la quotité disponible le prive d'une solution plus favorable. Or on l'astreint, lorsqu'il bénéficie du droit de restituer en valeur la partie du don qui appartient à la masse réservée, à tenir compte à la succession de l'estimation de cette partie au jour du partage. Pourquoi traiter différemment les deux réservataires gratifiés ?

L'estimation à l'époque du partage de tout ce qui dans l'avancement d'hoirie porte sur la réserve a été proposée[2]. En effet le rapport en moins prenant participe de la nature des opérations de partage, il serait donc logique qu'il obéisse aux règles d'évaluation de ce partage; il le pourrait, car l'article 922 du Code Civil fixe des dates de référence pour la détermination des quotités et non des valeurs réelles dans le partage, et les réformes de 1938 n'auraient pu fixer le rapport à une somme invariable qu'en ce qui concerne la quotité disponible.

Mais ce système ne substitue-t-il pas une réduction au rapport? Son promoteur, M. Patarin, l'a d'abord nié, affirmant qu'il s'agissait d'un véritable rapport, mais produisant, dans la mesure où l'avancement d'hoirie porte sur la part de réserve du donataire, des résultats équivalents à ceux de la réduction; le rapport en moins prenant exclurait absolument la réduction, surtout en nature. Puis il a admis que c'était l'article 866 du Code Civil qui devait s'appliquer à toute la partie de la

---

1971. *V.* l'exemple chiffré donné par Choteau, loc. cit. 1833, dans lequel le donataire en avancement d'hoirie d'un bien retire finalement plus d'avantage de sa donation que le donataire préciputaire du même bien!

1972. Patarin, art. cit. 1852, pp. 345-349; *adde*: p. 342, la déformation inconsciente du calcul classique; et *La loi du* 19 *déc.* 1961..., R.G.N. 1962, art. 28186, pp. 137-138.

donation qui s'impute sur la réserve; c'est donc la réduction qui intervient dans cette théorie; il faudra donc faire appel à la réduction en nature lorsque les conditions des articles 866 ou 924 ne seront pas réunies! M. Patarin finit par rejoindre Ripert et Boulanger.

Cette théorie est inadmissible. Nous avons relevé que dans la mesure de la part de réserve du gratifié, seul le rapport atteint l'avancement d'hoirie[3], et que cela est la conséquence naturelle de la fonction attributive de succession de cette libéralité. Si le rapport joue, il faut appliquer le mode de calcul de son montant que prescrit la loi, sous peine de vider celle-ci de son sens presque complètement, puisque la part réservée du gratifié représente le plus souvent la majeure partie du contenu de l'avancement d'hoirie. Quelque nocifs que soient les résultats du rapport, il faut les accepter[4].

L'héritier réservataire qui bénéficie d'un avancement d'hoirie se trouve sensiblement avantagé par rapport à chacun de ses coréservataires[3] dans l'attribution de la réserve qui lui est faite volontairement. Mais ce n'est pas à dire que la réserve de ceux-ci ne bénéficie pas, par ailleurs, d'appréciables garanties qui limitent l'influence désastreuse de l'avancement d'hoirie sur leurs droits.

Section III

L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET LA RÉSERVE DES COHÉRITIERS

198. — L'existence de l'avancement d'hoirie adressé à l'un des réservataires influe-t-elle sur l'obtention des droits réservés de ceux-ci, en dehors du fait que dans la mesure de l'attribution directe de sa part de réserve au gratifié ils n'obtiennent que des droits rognés?

Pour répondre à cette question, il convient d'examiner comment les coréservataires obtiennent leur réserve en présence de l'avancement d'hoirie (§ 1) et quelle est la consistance de la réserve obtenue (§ 2).

§ 1. — Mode d'obtention de la réserve.

199. — S'il existe dans la succession des biens libres en quantité suffisante pour fournir leurs parts de réserve aux cohéritiers du donataire ou légataire en avancement d'hoirie, c'est au moyen de ces biens qu'ils

---

1973. *Supra* nº 185-187.

1974. Marty, *Observations sur la réduction en valeur*, Etudes Ripert, 1950, t. I, pp. 524-537, nº 15 *in fine*.

seront remplis de leurs droits. L'influence de l'avancement d'hoirie se limite alors à diminuer le montant de leurs parts par la prise en considération d'une valeur nominale dans le calcul de l'article 922 du Code Civil et par l'allotissement du gratifié en biens sous-estimés, et à les priver de la parité d'attribution avec leur cohéritier.

200. — S'il n'existe pas suffisamment de biens libres pour nantir les coréservataires, une réduction des libéralités faites par le *de cujus* s'impose. Les dispositions sur lesquelles elle porte sont précisées par le système d'imputation subsidiaire de l'avancement d'hoirie adopté. Nous avons déjà déterminé les cas dans lesquels l'avancement d'hoirie subit la réduction[1]. Il convient de reprendre ici les distinctions opérées, non plus du point de vue de la sauvegarde des droits du gratifié, mais de celle des droits de ses cohéritiers.

Dans le système de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible, ce n'est pas en principe l'avancement d'hoirie qui entame la réserve des cohéritiers; ce sont les libéralités subséquentes. Les réservataires devront donc agir en réduction contre les donataires ultérieurs et les légataires. Le gratifié en avancement d'hoirie conserve sa libéralité à concurrence de sa part de réserve et du disponible cumulés; il ne subit la réduction que lorsque l'avancement d'hoirie excède le total de ces deux quotités. Exceptionnellement les coréservataires peuvent se retourner contre le gratifié en avancement d'hoirie, même dans ces limites: lorsque les gratifiés subséquents sont inconnus ou insolvables et si l'action en revendication contre les tiers acquéreurs d'immeubles est impossible.

Dans le système de l'imputation sur la réserve globale, c'est l'avancement d'hoirie qui entame la réserve des cohéritiers, et c'est contre son bénéficiaire qu'est dirigée l'action en réduction. Les libéralités ultérieures ne sont réduites que si l'excédent de l'avancement d'hoirie sur la part de réserve du gratifié ne suffit pas.

201. — On peut se demander si l'action dirigée contre le gratifié en avancement d'hoirie, dans le système de l'imputation sur la réserve globale, est aussi efficace que celle qui serait dirigée contre des tiers.

Si le donataire a aliéné avant l'ouverture de la succession l'immeuble donné et se trouve insolvable, donc ne peut pas restituer un équivalent pécuniaire complet[1], on hésite à excercer contre les tiers détenteurs l'action en revendication prévue par l'article 930 du Code Civil.

200[1]. *Supra* nº 70-72.

201[1]. Il restitue toujours quelque chose, puique le propre de la technique du moins prenant est d'assurer aux cohéritiers le recouvrement automatique de leur créance à concurrence des droits du gratifié dans la succession. L'insolvabilité ne menace les cohéritiers que pour ce qui excède les droits successoraux du donataire.

D'une part il paraît choquant de s'attaquer à eux, alors que les bénéficiaires des libéralités postérieures à l'avancement d'hoirie ne sont pas inquiétés[2]. Mais cet argument, qu'on peut qualifier de sentimental, n'arrête pas la plupart des auteurs[3].

D'autre part et surtout, il semble exister depuis le décret-loi du 17 juin 1938 un obstacle insurmontable à l'application de l'article 930 à une quelconque libéralité à successible[4]. La disposition de ce texte est fondée sur le mécanisme de la réduction en nature, à laquelle le donataire eût été soumis s'il avait conservé l'immeuble. La discussion des biens du donataire, aboutissant à une réduction par équivalent, que prescrit la loi en cas d'aliénation, est une faveur dérogeant aux effets normaux de la résolution qui affecte la libéralité dans la mesure où elle est réductible; la revendication, en cas d'échec de cette discussion, est la conséquence logique de la résolution rétroactive de la propriété du donataire aliénateur. Or depuis la modification en 1938 de l'article 866 du Code Civil les donations d'immeubles à successibles peuvent être réduites en valeur. La revendication ne trouve plus le fondement de la résolution. De plus le texte de l'article 930 ne stipule-t-il pas que l'action contre les tiers ne pourra être exercée que de la même manière que contre le donataire lui-même?

Sans doute l'article 866 ouvre-t-il une simple faculté et ne sait-on pas si le donataire a effectivement opté pour la réduction en valeur. Mais on peut admettre qu'en aliénant il a manifesté sa volonté de ne pas subir la réduction en nature.

Il ne saurait donc plus être question d'opposer la réduction en nature aux tiers détenteurs. Et ce résultat de l'article 866 est conforme au souci de stabilité de la propriété face à la réduction, qui domine la législation moderne. Mais cela ne signifie pas que les cohéritiers n'obtiendront pas toute leur réserve.

D'abord la créance de la partie de l'indemnité de réduction en valeur qui leur est dûe en vertu de l'article 866 est garantie depuis la loi du 19 décembre 1961, modifiant l'article 2103-3° du Code Civil, par le privilège du copartageant. Il peut être inscrit sur l'immeuble donné, même après la transcription de son aliénation (art. 2147 C.civ.)[5]. Sans doute ne

---

201[2]. Aubry et Rau, 4e éd. t. VII, 1875, § 684 ter note 36; Patarin, *La réduction des donations rapportables en moins prenant faites à un héritier réservataire acceptant la succession*, R.G.N. 1960, art. 27956, p. 337.

201[3]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2956; Bigo, *Relations du rapport et de la réduction dans les libéralités faites à un héritier réservataire acceptant*, thèse Lille 1937, n° 7, qui est pourtant partisan de la théorie du rapport mode de réduction des libéralités à successible et devrait rejeter les textes relatifs à la réduction...

201[4]. Depierrois, *Donation d'un immeuble à successible; vente par celui-ci..., donation dépassant la quotité disponible, donataire insolvable*, R.G.N. 1960, art. 27881.

201[5]. Ce qui constitue une menace très grave pour l'acquéreur, qui ne dispose d'aucun moyen de savoir si la libéralité faite à son vendeur sera réductible au décès et si le privilège viendra frapper son immeuble.

prend-il rang qu'à la date de l'acte de liquidation de la succession (art. 2109 C.civ.), mais, s'agissant d'un privilège, il prime les simples hypothèques et n'est primé que par les privilèges de rang préférable[6].

D'autre part si les coréservataires ne peuvent pas obtenir leur réserve par la réduction de l'avancement d'hoirie, ils ont la possibilité de faire réduire les autres libéralités du *de cujus*, s'il en existe.

Finalement, si l'obtention de la réserve dans le cas de l'imputation de l'avancement d'hoirie sur la réserve globale peut se révéler compliquée, elle est le plus souvent assurée. Le risque qui découle de l'insolvabilité du gratifié n'est d'ailleurs pas propre à ce système dans le système de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible, les tiers bénéficiaires des libéralités réduites sont le plus souvent des successibles: l'article 930 du Code Civil ne joue pas et il faut recourir à la même technique de récupération.

La réduction de l'avancement d'hoirie pour fournir leur réserve aux cohéritiers du gratifié présente un autre désavantage. L'avancement d'hoirie est réductible seulement pour partie, puisque dans la mesure des droits réservés du gratifié il est simplement rapportable. La réduction s'opérant en principe en nature, et la libéralité étant rarement composée de biens facilement partageables en nature, il se crée une indivision entre le gratifié et ses cohéritiers. A défaut d'accord amiable, l'issue de la situation est la licitation[7], qui fait perdre le corps héréditaire à tous les réservataires.

Est-ce une atteinte à la réserve en nature? Non, car les droits individuels des réservataires sont puisés dans la masse réservée par l'intermédiaire du partage ordinaire. La réserve globale est reconstituée en corps héréditaires; ce sont les règles du partage postérieur qui obligent à remplacer ceux-ci par des espèces. Il en irait de même si les biens restitués devaient faire l'objet d'une attribution préférentielle[8]. D'ailleurs quand les coréservataires agissent contre d'autres gratifiés, la situation peut être la même.

201[6]. Sauf en droit local d'Alsace-Lorraine, où le rang des privilèges se détermine par leur seule date d'inscription, et où cette inscription ne rétroagit même pas. (Art. 40 et 47 Loi du 1er juin 1924). *V.* Lotz, *Les particularités du régime foncier des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle*, Obernai 1958, nº 435.

D'ailleurs le juge du Livre Foncier rejettera la requête en inscription d'un droit réel sur un immeuble n'appartenant plus au débiteur, en se fondant sur les articles 41 et 44 al. 1 de la loi du 1er juin 1924. Si bien que dans le cas d'aliénation, le privilège du copartageant ne pourra pas être inscrit et sera totalement inefficace. Il n'est pas certain que la décision de rejet soit fondée correctement, car l'art. 2147 C.civ., n'étant en contradiction avec aucun texte local, devrait s'appliquer en Alsace-Lorraine. (Pour cette interprétation de l'art. 52 du décret du 4 janvier 1955: Lotz, *op. cit.*, nº 411, et *Privilèges et hypothèques en Alsace-Lorraine*, *in* Jurisclasseur Notarial, Répertoire, nº 4; mais, contre la conséquence que nous en tirons quant à l'art. 2147: le même auteur dans *Le régime foncier en droit commun français; son application en droit local* dans *Etudes de droit local*, Annales de la Fac. de Droit de Strasbourg, t. VI, Paris 1959, p. 308-30º).

201[7]. *Supra* nº 73 *in fine*.

201[8]. Jeantet, th. cit. 167[1], nº 233-234.

Le mode d'obtention de leur part de réserve par les cohéritiers aboutit à peu près au même résultat quel que soit le système d'imputation adopté. L'existence de l'avancement d'hoirie ne crée, ni dans un cas, ni dans l'autre, de difficultés de nature à compromettre les droits réservés des cohéritiers du gratifié. La consistance de la réserve ainsi obtenue ne semble guère affectée non plus.

§ 2. — Consistance de la réserve obtenue.

202. — Il est de principe que la réserve, fournie aux héritiers par la réduction, doit être telle que si le de cujus n'avait pas disposé à titre gratuit de façon excessive. Constituant une *pars hereditatis*, elle doit présenter les mêmes caractéristiques en qualité et en quantité que la succession dont elle est issue. L'existence de l'avancement d'hoirie influe-t-elle sur les résultats obtenus à ce double point de vue?

A. — En qualité:

203. — On sait que la réserve, part de succession minima, doit être assurée en biens provenant du patrimoine du *de cujus*, en *corps héréditaires*, selon l'expression traditionnelle[1]. C'est le principe d'identité de la réserve. Il constitue l'acpect le plus tangible de l'attribution de la réserve en nature, dont la jurisprudence réaffirme la règle malgré les atteintes qui ont pu paraître la mettre en doute depuis 1938[2]. Pour que soit respecté le principe, il faut que les libéralités qui entament la réserve soient réduites en nature.

204. — L'existence de l'avancement d'hoirie crée le plus souvent une situation peu propice au jeu de la réduction en nature.

Si c'est l'avancement d'hoirie qui est réductible, comme c'est le cas dans le système de l'imputation sur la réserve globale, nous avons déjà relevé que l'article 866 du Code Civil, qui autorise la réduction en valeur des libéralités à successible, trouve application pour la plupart des biens[1].

Si ce sont les libéralités ultérieures qui sont réductibles, comme c'est le cas principalement dans le système de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible, la situation peut paraître plus favorable à la réduction en nature. Les réservataires n'agissent-ils pas contre des tiers? Mais ces tiers donataires et légataires sont en fait le plus souvent des successibles; ils figurent en général parmi ceux-là même qui réclament leur réserve. Ils opposent donc aussi l'article 866 à ceux des réservataires qui préten-

---

203[1]. *V.* les auteurs de l'Ancien Droit, notamment Lebrun et Ricard, cité par Demogue, note au S. 1932.2.73.

203[2]. Civ. 7 janv. 1958, *Gaume*, J.C.P. 1958.2.10582, obs. Ponsard, et D. 1958. J.441 note Esmein; Civ. 21 déc. 1965, *Astraudo*, R.N.D. 1966 art. 28798 note Breton. *V.* aussi Civ. 15 juin 1960, *Nalio*, J.C.P. 1960.2.11875, obs. Voirin.

204[1]. *Supra* n° 74-75.

dent leur enlever le bien en nature. De plus ils peuvent aussi bénéficier de la réduction en moins prenant qu'institue l'article 924 du Code Civil, si leurs coréservataires peuvent trouver ailleurs que dans leurs libéralités des biens de même nature.

Le système de l'imputation subsidiaire sur la quotité diponible donne lieu à des attributions pécuniaires aux cohéritiers plus importantes que dans le système de l'imputation sur la réserve globale, puisqu'elles correspondent au rapport de l'avancement d'hoirie et à la réduction des libéralités postérieures, au lieu de couvrir seulement le rapport de la part réservée du gratifié et la réduction du surplus de l'avancement d'hoirie. Mais quant à l'atteinte portée à l'attribution en nature de la réserve, les résultats sont équivalents, puisque dans les deux cas celle-ci est reconstituée en valeur; l'avantage peut parfois rester au premier système: lorsque les gratifiés réduits sont des tiers.

205. — Dans l'un comme dans l'autre systèmes, il reste peu de place pour l'intervention de la réduction en nature. Mais ce n'est pas le fait de l'existence de l'avancement d'hoirie, c'est celui de l'évolution du droit commun des libéralités dans le sens d'une généralisation des compensations en valeur.

On ne peut manquer de relever l'analogie entre la situation issue de l'avancement d'hoirie et celle résultant du partage d'ascendant, dans lequel par le jeu de la disparité des lots poussée à l'extrême, certains des descendants peuvent se trouver aussi nantis de leur réserve par une soulte[1].

Mais dans le cas de l'avancement d'hoirie, la réduction en valeur assure aux réservataires une part de réserve qui correspond à la valeur réelle des biens en nature qu'ils n'obtiennent ni dans la succession, ni par la réduction.

B. — En quantité:

206. — Il est bien acquis aujourd'hui, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que la réduction de toute libéralité excessive est proportionnelle[1]. Les réservataires obtiennent en nature, ou plus souvent en valeur,

---

205[1]. *V. infra* n° 220.

206[1]. Arrêts cités ci-après sous le n° 207, et les notes doctrinales.

Catala, *La jurisprudence, gardienne de l'égalité successorale*, D. 1962, Chr. pp. 100-103, et th. cit. 177[1], n° 226-256; Patarin, *L'évaluation suivant l'art. 922 C.civ. des donations réductibles en nature et en valeur*, R.G.N. 1954, art. 27264; Marty, art. cit. 197[3], n° 11-14.

Le problème a été longuement discuté, et il a existé des positions très variées, analysées et citées dans Catala, *L'art. 866 C.civ. et l'attribution de la réserve*, R.T.C. 1960, p. 396 note 6; la réduction proportionnelle selon la technique exposée au texte est unanimement reconnue, sauf par M. Savatier (*v.* p. ex. note au D. 1963.J.217) qui est resté sur ses positions initiales, à savoir le calcul arithmétique en cas de réduction en nature, et une réduction proportionnelle originale en cas de réduction en valeur (R.T.C. 1952.250-252), qu'il croit, à tort, adoptées par la jurisprudence.

la fraction du bien transféré, qui excède les possibilités légales, et dont la mesure est dégagée par la comparaison du chiffre de l'excès tel qu'il résulte en valeur absolue du calcul de l'article 922 du Code Civil, et de la valeur totale de la libéralité. Les réservataires deviennent propriétaires de cette fraction de l'objet de la libéralité, et ils la reçoivent dans le partage, en nature ou en équivalent pécuniaire estimé la date du partage quelles que soient les variations de valeur qui l'aient affectée jusqu'à ce moment. La consistance de leurs droits suit les fluctuations que subit la valeur du bien dont la libéralité les a indûment frustrés.

Les réservataires ne sont pas limités à réclamer la valeur nominale de l'excès dégagé par le calcul de l'article 922, ou sa contrepartie matérielle, comme le préconisait la théorie de la réduction arithmétique; les donataires ou légataires ne sont pas non plus tenus de ne conserver que la valeur, dégagée par ce calcul, des possibilités libérales résultant de l'imputation, et de restituer tout ce qui excède cette valeur, comme le préconisait la théorie de la réduction arithmétique inverse. L'article 922 du Code Civil ne règle que l'établissement du montant de la quotité disponible et de la réserve en vue de la détermination de la réductibilité des libéralités; il ne s'occupe pas du compte de liquidation du montant de la réduction[2].

207. — Le calcul proportionnel a été adopté en jurisprudence en premier lieu pour la réduction en valeur des legs, par application de l'article 866 du Code Civil[1]. Et il est naturel que ce soit dans le cadre de la réduction en valeur que la question se soit d'abord posée, car, ainsi que nous l'avons relevé, l'article 866 est d'application plus fréquente que le principe de la réduction en nature. Cette jurisprudence se fonde sur l'idée que le legs est caduc à l'ouverture de la succession dans la mesure de l'excès, et que son objet reste dans la masse indivise pour cette partie; les cohéritiers sont donc tous associés au bénéfice ou à la perte résultant des plus ou moins values survenues au bien depuis cette date. Pour que soit assurée cette participation, il convient que les réservataires reçoivent la valeur de la fraction réductible à la date du partage; le bien est réévalué à ce moment, et la fraction appliquée à sa valeur.

En cas de réduction en nature, la restitution porte sur la fraction ainsi dégagée, appliquée à la matérialité de l'objet de la libéralité. La jurisprudence le sous-entend, car la solution qu'elle donne au problème du calcul de la réduction en valeur n'est que la transposition de la solution qu'elle considère comme allant de soi en cas de réduction en nature; son raisonnement est construit sur les données de la réduction en nature. Et la doctrine approuve l'application du calcul proportionnel à la réduction en nature.

206[2]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1952.2.6988.

207[1]. Civ. 29 déc. 1953, *Berdeaux*, J.C.P. 1954.2.7919, obs. Blin, R.G.N. 1954 art. 27244, note Patarin, D. 1954.J.327; Civ. 7 juin 1955, *Levesque*, J.C.P. 1956.2.9673 et J.C.P.N. 1956.2.9243, obs. Voirin, D. 1956.J.713, note Ponsard; Civ. 3 déc. 1958, *Fleuret*, G.P. 1959.1.165; Civ. 12 déc. 1962, *Fleuret*, D. 1963.J.217, note Savatier, S. 1963.J.129, note Meurisse, J.C.P. 1962.2.13201, obs. Voirin.

L'unité de calcul entre réduction en nature et réduction en valeur, qui se dégage de la jurisprudence, se heurte cependant à une sérieux obstacle. Sans doute l'article 866 ouvre-t-il une option entre les deux modes de réduction, ce qui suppose l'équivalence de leurs résultats[2]. Mais cette disposition légale a aussi pour vertu et pour but d'éviter toute indivision entre gratifié et réservataires. Elle assure la propriété incommutable de tout le bien au gratifié; il n'y a donc aucune raison de faire participer les cohéritiers aux fluctuations de valeur du bien[3].

L'obstacle est facilement levé en ce qui concerne les legs. L'article 866 ne joue que si le gratifié en demande le bénéfice. Le bien légué reste donc indivis par l'effet de la caducité résultant de la réduction en nature qui est de principe[4], et la récompense peut être réévaluée à la date du partage[5].

Mais en ce qui concerne les donations, le bien est définitivement sorti du patrimoine héréditaire dès l'acte. Il existe un obstacle technique à la transposition de la solution proportionnelle[6], qu'on admet en cas de réduction en nature de la donation, par identité de raisons avec le legs. L'objection n'arrête ni la doctrine, ni la Cour de Cassation[7], le sort des dons ne pouvant être différent de celui des legs[8], car le calcul proportionnel de la réduction en valeur repose sur une idée générale, valable pour les deux modes de disposition, à côté d'arguments spécifiques à chacun d'eux... La réduction en valeur n'est que le substitut, établi dans le but précis d'éviter le morcellement et d'assurer la stabilité de la propriété, de la réduction en nature, qui reste de principe[9]; elle doit donc produire le même résultat.

207[2]. Marty, *Les réformes récentes du droit successoral...*, J.C.P. 1941.1.182, n° 31, et art. cit. 197[3], n° 13; Catala, art. cit. 206[1], pp. 102-103, et th. cit. 177[1], n° 311.

207[3]. Ripert et Boulanger, t. 4, mise à jour au 1.11.1958, n° 2953; Depierrois, *Fixation de l'indemnité due en application de l'art.* 866..., R.G.N. 1952, art. 27040, pp. 47-48.

207[4]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1952.2.6988, point II-A; Patarin, note au R.G.N, 1954, art. 27244, sous Civ. 29 déc. 1953, *Berdeaux*, point II-B; Civ. 7 juin 1955. *Levesque*, précité 207[1].

207[5]. On peut se demander avec M. Patarin, note précitée 207[4], si l'indivision ne cesse pas dès la manifestation du désir du gratifié de bénéficier de la réduction en valeur; c'est à cette date qu'il faudrait se placer pour calculer la récompense. La demande opère partage partiel, mais peut-être n'est-ce qu'en jouissance, en attendant le partage définitif.

207[6]. Trib. Grande Inst. Nancy 26 nov. 1961, *Fridrich*, J.C.P. 1962.2.12491, obs. Voirin.

207[7]. Civ. 5 juill. 1960, *Garcin*, D. 1961.J.76.

207[8]. Trib. civ. Orthez 9 janv. 1958, *Saubot*, J.C.P. 1958.2.10785, obs. Voirin.

207[9]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1952.2.6988, II; Patarin, note au R.G.N. 1954, art. 27244, I-B; Planiol et Ripert, t. 5, par Trasbot et Loussouarn, n° 118.

La Cour de Cassation (cf. obs. du conseiller Blin au J.C.P. 1954.2.7919 sous Civ. 29 déc. 1953, *Berdeaux*) s'est demandé pendant un certain temps si l'article 866 prescrivait une véritable réduction. C'est surtout son aspect d'opération de partage, qui l'incitait à l'évaluation à l'époque du partage, car dans les partages les biens sont estimés au jour de la jouissance divise.

Il faut donc appliquer le calcul proportionnel à toutes les libéralités réductibles et à tous les modes de réduction. Aujourd'hui la question n'est plus controversée et ne doit plus l'être. Les travaux préparatoires de la loi du 19 décembre 1961, modifiant l'article 866 du Code Civil, se sont référés à la réduction proportionnelle, la considérant comme acquise[10]; et la loi nouvelle fait usage d'une terminologie qui insiste sur le rôle de partage de la réduction des excédents, ce qui implique l'évaluation du bien au jour du partage.

208. — Une seule question reste controversée, celle de l'établissement de la fraction réductible.

Dans le cas du legs, il n'y a pas de problème. La seule valeur de la libéralité à laquelle on peut comparer l'excédent dégagé par le calcul prévu par l'article 922 du Code Civil, est celle de la date du décès, qui est à la fois le moment de la manifestation de la libéralité et celui de la caducité de l'excès. Dans le cas de la donation, deux estimations du bien donné sont possibles: à la date de la donation et à celle de l'ouverture de la succession.

M. le Doyen VOIRIN préconise le calcul d'après la valeur au décès[1], ce qui exclut les réservataires du bénéfice des fluctuations de valeur antérieures à l'ouverture de la succession. La Cour de Cassation, à la suite des autres auteurs, calcule la fraction réductible d'après la valeur à la date de la donation[2].

La théorie de M. VOIRIN se fonde sur deux arguments essentiels. La réserve ne se fixe qu'au décès; on ne saurait donc tenir compte des fluctuations antérieures à cette date. Et, si les réservataires ont le droit de faire résoudre la donation, c'est seulement dans la mesure nécessaire pour parfaire leur réserve calculée au décès; c'est seulement dans cette mesure qu'ils deviennent copropriétaires des biens et en subissent les fluctuations; la résolution ne portant que sur la fraction excessive calculée d'après la valeur du bien au décès, il est fatal que, malgré sa rétroactivité au jour de la donation, les cohéritiers ne profitent que des plus values postérieures au décès.

Le raisonnement n'a jamais fait l'objet, sur le plan technique, que de critiques fondées sur une incompréhension que M. VOIRIN a pu aisément mettre en évidence[3], ou sur l'affirmation erronée du caractère

---

207[10]. Rapport à l'Assemblée Nationale, n° 1234, p. 57, Journal Officiel, Documents Parlementaires, 1961.

208[1]. Obs. aux J.C.P. 1962.2.12491-II, J.C.P.N. 1948.2.4458-II B, J.C.P.N. 1952.2.6988, J.C.P. 1958.2.10785-II.

208[2]. Civ. 5 juill. 1960, *Garcin*, D. 1961.J.76; de même Trib. civ. Orthez 9 janv. 1958, *Saubot*, J.C.P. 1958.2.10785, obs. VOIRIN; et Nîmes 29 juin 1964, *C...*, D. 1964. J.670, note DONNIER.

DEPIERROIS, *Réduction en nature, modification survenue dans la valeur du bien donné depuis la donation...*, R.G.N. 1952. art. 27110, n° 6-9; CATALA, th. cit. 177[1], n° 243-246 et art. cit. 206[1], R.T.C. 1960 pp. 399-401, n° 8-9; PATARIN, art. cit. 206[1], n° 4.

208[3]. Obs. au J.C.P. 1962.2.12491.

décisif de l'article 922 du Code Civil[4], oubliant que ce texte n'a pour objet que la vérification de l'existence d'un excès et non la détermination de son ampleur.

La théorie appliquée par la Cour de Cassation revient à affirmer que la mesure de l'excès s'apprécie au jour de la donation, ce qui est contraire à l'organisation technique de la réduction.

Mais ce mode de calcul de la fraction réductible est certainement le plus conforme au principe fondamental de la réserve en nature, selon lequel la réduction doit créer la même situation que si la libéralité excessive n'avait pas été faite. En effet, si la donation n'avait pas été consentie, le bien se serait trouvé dans la succession et les réservataires auraient subi toutes ses fluctuations de valeur. C'est ce résultat qu'obtient le calcul de la fraction réductible d'après la valeur à la date de la donation, aboutissant à la résolution de la donation, qui est censée n'avoir jamais existé, précisément dans la proportion où elle portait sur la réserve intangible lorsqu'elle a été faite. La position de la Cour de Cassation repose sur une exacte conscience de la finalité de l'institution de la réserve, même si pour en tirer les conséquences elle néglige son organisation technique. Elle ne se fonde donc pas seulement sur des considérations d'équité, mais sur une réalité juridique.

La solution admise ne paraît pas appelée à être remise en cause; car, en jurisprudence, la tendance à atténuer les dégâts produits par les fluctuations économiques, même au prix d'inexactitudes techniques, est très forte, et, en législation, les travaux préparatoires de la loi de 1961 montrent que la solution est tenue pour acquise[5].

209. — Le système de calcul de la réduction adopté en droit positif est satisfaisant. Les réservataires sont assurés d'obtenir leurs droits intangibles, en nature ou en équivalent, dans la mesure exacte dans laquelle la libéralité leur a porté atteinte. L'avancement d'hoirie, qu'il soit lui-même excessif ou que son existence rende excessifs des préciputs postérieurs, ne nuit donc pas à la fourniture de leurs parts de réserve aux héritiers réservataires. Ceux-ci participent aux fluctuations de la valeur des biens dont il a été disposé à leur détriment, comme s'ils n'étaient pas sortis de la succession. De ce point de vue, le principe de la réserve « *pars hereditatis* » est respecté.

De plus, depuis la modification apportée par la loi du 19 décembre 1961 à l'article 866 du Code Civil, les droits pécuniaires des réservataires créanciers d'une réduction en valeur ne peuvent plus subir d'altération postérieure à leur liquidation. La soulte, dont le gratifié réduit est débiteur lorsqu'elle ne peut pas se régler par le moyen du compte d'indivision,

---

208[4]. Patarin, *La loi du 19 déc.* 1961..., R.G.N. 1962, art. 28186, p. 136.

208[5]. Rapport à l'Assemblée Nationale, n° 1451, obs. sur l'art. 866, Journal Officiel 1961, Documents Parlementaires.

est payable comptant et garantie par le privilège du copartageant (art. 2103-3° C.civ.). Un délai de paiement peut être accordé par le Tribunal ou par le disposant, dans le seul cas où la libéralité a pour objet une exploitation agricole; mais le créancier n'en souffre pas, grâce à l'octroi d'intérêts, à la déchéance du terme en cas de vente, et surtout grâce à l'indexation de la soulte sur la valeur du bien[1].

Cependant le résultat satisfaisant de la réduction ne bénéficie pas pleinement aux coréservataires du gratifié en avancement d'hoirie. Car le produit de la réduction va se fondre dans la masse à partager; celle-ci comprend en outre les biens existants, le rapport intervenu à concurrence de la part de réserve du donataire ou légataire en avancement d'hoirie, et le rapport de la part de quotité disponible éventuellement comprise dans l'avancement d'hoirie. Tous les réservataires puisent dans cette masse, conformément à leur vocation. Le gratifié se voit « attribuer » son rapport pour sa valeur nominale, plus de quoi compléter son lot jusqu'à ce qu'il atteigne la valeur de sa part héréditaire. Cette part étant établie par application de sa quote-part à la valeur de la masse comprenant le produit de la réduction, il se trouve profiter d'une partie de ce produit. Or il a déjà été nanti de sa réserve par l'avancement d'hoirie; mais cette anticipation n'est décomptée que pour sa valeur de rapport, valeur du bien à la date de la libéralité; et nominalement le gratifié a encore droit à un supplément[2]. Ses coréservataires n'obtiennent donc pas tout le produit de la réduction effectuée en leur faveur. C'est encore au phénomène de l'attribution du bien donné pour sa valeur au jour de la libéralité et de l'attribution des autres éléments du patrimoine reconstitué pour leur valeur au partage, qui était déjà la cause du déséquilibre des lots, que l'irrégularité doit être imputée.

210. — De la confrontation de l'avancement d'hoirie avec les principes de la réserve, il ressort que ceux-ci ne mettent aucune entrave à la liberté du disposant et qu'ils se trouvent assez malmenés.

Le phénomène doit être attribué en partie à la répercussion sur l'avancement d'hoirie, comme sur toute libéralité, des aménagements apportés aux règles de la réserve depuis 1938, de la modification de l'article 922 du Code Civil, et du développement des compensations en valeur, qui ne constituent jamais que des équivalents.

Il doit être attribué surtout à la structure de l'avancement d'hoirie. Celui-ci est une libéralité à successible, et le plus souvent à successible réservataire; ce type de disposition a toujours bénéficié d'un régime de faveur, permettant au gratifié de conserver dans une large mesure l'objet transmis (art. 866 et 924 C.civ.). L'avancement d'hoirie constitue plus particulièrement une libéralité qui affirme son but d'avancer la

---

209[1]. *V.* PATARIN, *La loi du* 19 *déc.* 1961..., R.G.N. 1962, art. 28186, pp. 142-146; CHEVALLIER, *La loi du* 19 *déc.* 1961..., J.C.P. 1962.1.1687, n° 60-66.

209[2]. *V.* l'exemple *supra* n° 139[4].

succession à l'héritier; elle s'impute donc en priorité sur la réserve de son bénéficiaire, et on déduit que c'est le rapport qui joue seul dans cette mesure; or il est absolument inapte à reconstituer la masse intangible, depuis qu'il consiste en la restitution d'une somme fixée une fois pour toutes.

Certains auteurs ont cru trouver un remède à la mise à mal des principes de la réserve dans un renversement du système d'imputation de l'avancement d'hoirie[1]. Mais l'imputation sur la quotité disponible laisserait subsister les méfaits des règles des articles 922 et 866 du Code Civil; pour un résultat minime, elle dénaturerait l'avancement d'hoirie.

Le résultat ici obtenu est la conséquence nécessaire de la combinaison d'une réglementation qui impose à contretemps des références fixes dans des calculs qui devraient suivre les fluctuations économiques, et de la fonction naturelle de l'avancement d'hoirie. De ces facteurs, il ne saurait être question de réviser que celui qui est d'ordre réglementaire.

211. — Les bouleversements apportés par l'avancement d'hoirie aux règles successorales apparaissent de deux types; les uns atteignent la répartition en valeur de la succession entre les héritiers, les autres la répartition en nature.

Les premiers sont le fait du concours de circonstances économiques et monétaires fluctuantes et de la dispersion légale des dates d'évaluation des éléments qui entrent dans le compte de liquidation de la succession. Il est aisé de les corriger. La jurisprudence s'y efforce, mais ses moyens sont limités à l'interprétation de dispositions légales ou volontaires souvent précises. Le disposant peut y arriver dans une large mesure. Mais le désire-t-il? L'état de choses actuel se prête aux injustices volontaires[1], aux attributions anticipées par avancement d'hoirie visant à assurer le bénéfice exclusif des plus values d'un bien au successible nanti, ou à allotir le préféré au moyen du bien promis aux augmentations de valeur les plus importantes. Le législateur peut mettre fin à l'anarchie des estimations en les centralisant au moment de la liquidation de la succession; pour cela il faudrait qu'il renonce à sa tendance à favoriser l'individu au détriment de la famille.

Le second type de bouleversements, qui affecte la répartition de la succession en nature, est au contraire irrésorbable. Car, pour effacer ses conséquences, il faudrait revenir au rapport en nature, qui a été abandonné précisément pour donner son plein sens à l'avancement d'hoirie. Le bouleversement découle de la fonction de l'institution, qui est de permettre au disposant d'attribuer par avance au successible

---

210[1]. Marty, art. cit. 1973, n° 10 et n° 15 *in fine*; Patarin, art. cit. 2091, pp. 139-140; *v. supra* n° 41 *in fine*.

211[1]. Hébraud, *L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux*, Etudes Ripert, 1950, pp. 516-518.

gratifié sa part successorale. Et cette fonction comporte une contradiction interne: l'avancement d'hoirie doit être une avance définitive, tout en n'avantageant pas son bénéficiaire; l'équilibre est difficile à réaliser.

Le rôle d'anticipation égalitaire, qu'assume l'avancement d'hoirie et qui conduit à l'efficacité redoutable que nous venons de relever, est celui qui était jadis dévolu au seul partage d'ascendant. Le rapprochement auquel l'évolution de l'avancement d'hoirie a conduit mérite un examen attentif.

TITRE TROISIÈME

AVANCEMENT D'HOIRIE ET PARTAGE D'ASCENDANT

212. — L'avancement d'hoirie rend efficace, depuis la généralisation du rapport en moins prenant, les initiatives que le disposant prend pour le règlement de sa succession. Il opère l'allotissement anticipé des héritiers gratifiés, sans cependant altérer, tout au moins nominalement, l'égalité successorale. Il joue ainsi le rôle qui est traditionnellement celui du partage d'ascendant. Sur la plupart des points, l'étude de l'efficacité de l'avancement d'hoirie nous a conduit à évoquer la donation-partage ou le testament-partage; tel a été le cas en matière d'imputation sur la réserve, d'incommutabilité de la propriété, de titre légal de l'héritier gratifié, de disparité des attributions, de mise en échec de l'attribution préférentielle, de pouvoir du disposant sur la distribution de la réserve[1]

Une confrontation globale des deux institutions s'impose. Au point de vue théorique, il s'agit de déterminer dans quelle mesure chacun des termes de la comparaison a conservé son autonomie et de faire ressortir leurs caractéristiques propres. Au point de vue pratique, il importe de savoir quelle qualification il convient d'appliquer à des opérations douteuses; les dispositions issues de l'imagination des parties ne portent pas toutes un nom, surtout lorsqu'elles sont faites par voie testamentaire, et quand elles en portent ce n'est pas à lui qu'on peut se fier en droit français pour déterminer le régime applicable.

C'est le plus souvent au préciput que l'on a songé à comparer le partage d'ascendant. Car il a sur l'avancement d'hoirie l'avantage de la dispense de rapport, qui caractérise aussi la donation-partage et le

212[1]. *Supra* n° 41, 79, 81, 85, 96, 103, 108, 125, 129, 171, 189.

testament-partage. Le préciput est assuré de la stabilité. Mais désormais le rapport ne nuit plus à l'incommutabilité de l'avancement d'hoirie. Par contre il intègre la libéralité à l'ensemble du règlement, alors que le préciput est par définition hors succession; le rapport crée des liens entre les cohéritiers, créanciers d'une récompense, et le gratifié; tous bénéficient de la libéralité, de même que dans le partage d'ascendant les descendants sont en principe tous intéressés à l'opération.

Il convient d'approfondir d'abord l'examen de la communauté que nous avons entrevue entre avancement d'hoirie et partage d'ascendant dans le domaine de l'efficacité de ces institutions; puis de soumettre la convergence, qui se confirme sur ce plan, à un contre-examen d'ordre technique, portant sur le régime impliqué par chacune des institutions, qui peut seul être probant; une divergence très nette se révèle en ce domaine.

Section I : *Convergence quant à l'efficacité.*

Section II : *Divergence quant au régime.*

Section I

CONVERGENCE QUANT A L'EFFICACITÉ

213. — Il apparaît aujourd'hui que l'avancement d'hoirie a subi un perfectionnement tel qu'il est apte à jouer le même rôle d'allotissement que le partage d'ascendant (§ 1). Mais cette montée ne suffit pas à justifier son rapprochement avec une institution, qui traditionnellement est astreinte au respect d'un cadre très rigide; la comparaison n'est possible que parce que de son côté le partage d'ascendant a subi une évolution inverse, qui a assoupli sa structure au point qu'on hésite à reconnaître cette institution (§ 2). De la rencontre des deux mouvements, ascendant et descendant, naît un large domaine de recoupements et d'équivalences des deux techniques (§ 3), dans lequel le critère reconnu de qualification du partage d'ascendant se révèle inefficace à opérer une distinction des deux institutions (§ 4).

§ 1. — Le rôle commun d'allotissement.

214. — Le législateur de 1804 était animé du souci d'éviter que le disposant ne crée des inégalités entre ses héritiers. C'est pourquoi il imposa le principe de la soumission des libéralités qui leur étaient adressées à la restitution matérielle. Celle-ci garantissait par son effet d'anéantissement que la succession serait répartie selon les règles légales.

Il réserva toutefois un sort plus favorable aux dispositions faites par les parents en faveur de l'ensemble de leurs descendants. Le partage d'ascendant en effet présentait des garanties d'équilibre: d'une part, l'affection particulièrement forte des parents, d'autre part la simultanéité des attributions, assurant que les intérêts de tous les enfants seraient confrontés, même quand la nature testamentaire de l'acte prive ceux-ci du pouvoir de discussion. La loi y ajouta un carcan de règles strictes garantissant l'égalité. Le partage d'ascendant fut ainsi admis à opérer des attributions définitives, échappant au rapport, et cependant restant dans le cadre de la distribution de la succession *ab intestat*, c'est-à-dire des allotissements anticipés.

La substitution du rapport en moins prenant à la restitution en nature a conduit l'avancement d'hoirie au même résultat: les attributions sont définitives, elles échappent à la remise matérielle dans la succession, et elles s'intègrent à la dévolution légale. La rencontre de l'avancement d'hoirie et du partage d'ascendant est parfaitement logique, puisque ce dernier est né précisément du souci d'éviter les conséquences du rapport en nature[1].

L'intérêt social des deux institutions est le même, commandé par leur fonction commune d'allotissement. Il s'agit de remettre tel des biens de la succession au successible auquel il convient le mieux, de donner un objet d'application à ses aptitudes et de satisfaire ses besoins; partant, d'assurer le maintien de l'élément donné dans la famille, puisque son attributaire n'a pas de raison de l'aliéner.

215. — Ainsi formulé, le rapprochement de l'avancement d'hoirie et du partage d'ascendant est fort vague; il reste sur le plan des généralités historiques et sociologiques. C'est en se plaçant à ce point de vue que l'on qualifie parfois l'avancement d'hoirie de partage partiel quant aux biens et quant aux personnes[1]. Il convient alors de se garder de donner à cette affirmation un sens absolu. L'assimilation sommaire de l'avancement d'hoirie au partage anticipé serait dangereuse: elle conduirait par exemple à lui appliquer la règle de parité des lots[2], qui, pour être fort assouplie dans la pratique du partage d'ascendant, n'en subsiste pas moins en principe. L'assimilation serait d'autre part abusive; car, si un partage d'ascendant partiel quant aux biens reste un partage d'ascendant, ainsi qu'il ressort de l'article 1076 du Code Civil, un partage d'ascendant partiel quant aux personnes, en ce sens que seul un enfant est alloti et qu'il n'est rien attribué aux autres, n'est pas un partage d'ascendant[3]. Le partage d'ascendant est d'essence collective, il lui faut une

---

214[1]. Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse Grenoble 1960, éd. Paris 1961, n° 158.

215[1]. De Page, t. VIII-2, n° 797-C-6.

215[2]. Batiffol, note au S. 1934.1.125.

215[3]. Voirin, obs. au J.C.P. 1952.2.6881.

pluralité de destinataires. L'expresssion « partage d'ascendant partiel » ne saurait donc être qu'une commodité de langage pour désigner l'allotissement.

L'étude du rapprochement des deux institutions passe nécessairement par l'examen des éléments techniques qui sont requis de la donation-partage et du testament-partage. Il se revèle qu'ils ont subi un assouplissement tel que la comparaison peut être utilement tentée.

§ 2. — L'assouplissement du partage d'ascendant.

216. — Avant l'intervention des réformes de 1938, qui ont directement modifié son régime, le partage d'ascendant était cantonné dans un cadre très strict, dont tout dépassement des limites était sanctionné par un anéantissement radical: omission d'enfant, lésion se révélant au décès, disparité des lots, atteinte à la réserve[1]. La jurisprudence avait déja fait un certain effort dans le sens de l'assouplissement[2]. La loi rendit son attrait à l'institution: « au lieu de comprendre la réglementation de ce partage comme une sorte de prison où l'on enfermerait l'ascendant, ces réformes ont voulu restituer à l'institution le caractère d'une faveur accordée à cet ascendant »[3]. En diminuant le particularisme du partage d'ascendant, elles ont rapproché celui-ci des libéralités ordinaires, une des manifestations de ce rapprochement étant la conversion, prévue par l'article 1078 alinéa 4 du Code Civil, du partage d'ascendant nul en une série d'avancements d'hoirie. L'aspect de partage complet de l'opération instituée par les articles 1075 et suivants du Code Civil s'est estompé, au point de la ramener à n'être plus guère qu'un allotissement[4], ce à quoi s'est élevé l'avancement d'hoirie.

La dégradation des caractères propres du partage d'ascendant est bien connue[5]. M. TERRÉ dénombre dans l'opération quatre éléments matériels caractéristiques du partage, qui ont tous subi un affaiblissement[6].

216[1]. Sanctionnée dans le cas visé par l'art. 1079 ancien par une réduction en nature, donc par un anéantissement au moins partiel. On peut même penser que la jurisprudence qui qualifiait l'action de réduction, était dans l'erreur et que la loi prescrivait une rescision, nullité intégrale.

216[2]. Même si l'on ne tient pas compte des arrêts du XIX[e] siècle, rendus essentiellement en matière fiscale, dont on ne saurait attribuer les largesses à un esprit d'assouplissement, et qui sont dûs en réalité au caractère flou de la conception du partage d'ascendant à cette époque. Cf. Civ. 23 avr. 1867, *Firn*, S. 1867.1.264, et les précédents cités par l'avocat général à propos de cet arrêt.

216[3]. SAVATIER, *Les libertés de l'ascendant en matière de donation-partage et les limites techniques de la notion de partage d'ascendant*, R.G.N. 1952, art. 27306, n° 2.

216[4]. PELLEGRIN, th. cit. 214[1], Première Partie.

216[5]. *V.* notamment CATALA, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, n° 334-335; DESPAX, *Les partages d'ascendants, paix des familles ou guerre de succession*, D. 1959 Chr. pp. 246-247; PELLEGRIN, th. cit. 214[1], n° 70-77.

216[6]. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris 1957, n° 130-144.

217. — 1) Il faut d'abord qu'il y ait plusieurs descendants affectés par l'acte[1]. S'il n'en existe qu'un, l'opération cesse d'être un partage; et elle est inutile, puisqu'il n'y a plus à prévenir les contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers pour la répartition de la succession, une simple donation suffit à mettre l'enfant unique en possession des biens par anticipation[2]. Cet élément du partage d'ascendant est absolument irréductible[3]. Mais l'avancement d'hoirie ne se conçoit pas non plus, alors qu'il n'existe pas une pluralité de successibles[4]; le rapport exige le concours de plusieurs héritiers à la succession; de même le préciput n'a son plein sens que dans ces circonstances.

Par contre il n'est pas nécessaire que tous les descendants successibles soient compris dans l'acte[5]. L'article 1077 du Code Civil valide le partage d'ascendant dans lequel un ou plusieurs enfants sont omis, pourvu qu'il reste dans la succession suffisamment de biens pour allotir les prétérits. Il sufit donc à l'ascendant de réserver une soulte pour ceux-ci. Le partage d'ascendant est alors partiel. Il en va de même aux termes de la jurisprudence en cas de refus d'acceptation par certains des descendants du lot qui leur est proposé[6]. Un rapprochement est donc possible avec l'avancement d'hoirie, qui ne s'adresse en général qu'à un ou quelques-uns des héritiers.

218. — 2) Le partage exige encore, logiquement, que soit opérée une division matérielle des biens qui font l'objet de l'acte, et non pas une attribution de quotités, les laissant indivis entre tous les donataires

---

217[1]. Ceci à la différence de la *démission de biens* de l'Ancien Droit, qui, quoiqu'étant l'ancêtre du partage d'ascendant, diffère sensiblement de celui-ci.

217[2]. Le seul intérêt est d'ordre fiscal: l'abattement de 25 % sur les droits de mutation à titre gratuit (art. 786 Code Général des Impôts). D'où l'existence d'une jurisprudence.

217[3]. Voirin, obs. aux J.C.P. 1952.2.6881-II et 1957.2.10055-I; Terré, th. cit. 216[6], n° 133; Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 72.

Req. 13 août 1838, *Louvet*, S. 1838.1.715; Civ. 20 janv. 1840, *Ney de la Moskowa*, S. 1840.1.185; Civ. 14 mai 1879, *Frachengues*, D. 1879.1.244, et les arrêts cités dans la note sous cette décision; Lyon 29 janv. 1948, *Depay*, S. 1948.2.93.

217[4]. En tant que libéralité rapportable; car la qualification d'avancement d'hoirie en cas de successible unique présente l'intérêt d'amener l'imputation sur la réserve et le dégagement de la quotité disponible; c'est pour éviter ce résultat que les donations notariées à enfant unique comportent souvent la stipulation de préciput, dont le but est alors de garantir au gratifié que sa réserve ne sera pas entamée par la libéralité, qui s'imputera sur la quotité disponible, restreignant celle-ci au détriment d'éventuels gratifiés subséquents.

217[5]. Il s'agit plutôt d'une condition de validité de l'acte que d'un trait de qualification; mais les éléments de validité servent d'indices de qualification, dès lors que les parties sont supposées ne pas vouloir faire un acte nul. Cet élément doit donc figurer parmi les caractères qualificatifs.

217[6]. Civ. 18 déc. 1950, *Jacquet*, J.C.P. 1951.2.6056, obs. Savatier, D. 1951. J.37, note du conseiller Lenoan, S. 1951.1.167; Civ. 23 fév. 1954, *Bernardeau*, J.C.P. 1954.2.8115, obs. Voirin, D. 1954.J.273, note Savatier.

V. Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 28-47.

ou légataires. C'est d'ailleurs le caractère judicieux des attributions réelles réalisées qui fait l'utilité du partage d'ascendant et qui justifie l'institution.

Cependant dès le XIXe siècle une jurisprudence nombreuse, intervenue essentiellement en matière fiscale, admet comme partage d'ascendant la transmission collective des biens avec assignation d'une quotité à chacun des enfants[1]. Mais les tribunaux assortissent rapidement cette admission, de façon expresse ou détournée, de la réserve que le partage subséquent entre les gratifiés soit effectué avec le concours, sous la surveillance, suivant les directives ou avec l'approbation du disposant, de sorte que la répartition reste unie à la libéralité[2]. Certains auteurs doutent de l'existence d'une telle limite à l'édulcoration de l'exigence de la division matérielle[3]; c'est négliger le fait que la jurisprudence s'est resaisie après les aberrations du début du XIXe siècle; et, en tous cas, l'exigence a été hautement réaffirmée par un arrêt de la Cour de Cassation de 1947[4]. La division matérielle est donc une composante irréductible du partage d'ascendant[5].

Mais la limite semble devenue aujourd'hui purement verbale. Un arrêt de la Cour de Cassation du 16 novembre 1953 rappelle l'exigence classique de la participation de l'ascendant à la répartition, mais se satisfait de fort peu pour la déclarer respectée: la simple fixation de quotité vaut directive du disposant, dès lors que le partage s'opère sur le prix de licitation du bien donné collectivement et qu'aucune directive autre que cette fixation n'est nécessaire à ce type de distribution[6]. Comme toute indivision peut se liquider par une licitation, l'érosion qui atteint l'exigence est vraiment considérable[7]. Un rapprochement est possible avec

---

218[1]. Notamment: Civ. 26 avr. 1836, *Roi Louis-Philippe*, S. 1836.1.499; Civ. 11 avr. 1838, *Leponlichet*, S. 1838.1.432.

218[2]. Civ. 24 juin 1872, *Prévost*, S. 1873.1.77, suivi par les Cours d'Appel avec un retard de quelques années parfois. Req. 16 juin 1931, *Gléonec*, D.H. 1931.411.

218[3]. LALOU, note au D. 1949.J.145; TERRÉ, th. cit. 216[6], n° 134; PELLEGRIN, th. cit. 214[1], n° 75, p. 118.

218[4]. Req. 20 janv. 1947, *Bertrand*, S. 1947.1.109, note DELAUME, J.C.P.N. 1948.2.4589, obs. VOIRIN.

218[5]. VOIRIN, obs. au J.C.P.N. 1948.2.4589, et aux J.C.P. 1952.2.6881-II et 1957.2.10055-I; SAVATIER, art. cit. 216[3], n° 7.

218[6]. Civ. 16 nov. 1953, *Arger*, J.C.P.N. 1954.2.8265, obs. ESPAGNO, et obs. SAVATIER R.T.C. 1954.686.

218[7]. Dans le sens d'une disparition complète de la limite: ESPAGNO, obs. précitées 218[6], et TERRÉ, th. cit. 216[6], n° 134. Cette position semble excessive, puisque la limite classique persiste dans les formules des arrêts: cf. arrêt *Arger*, précité note 6.

Dans le sens de maintien de l'exigence de la division matérielle: VOIRIN, obs. au J.C.P. 1957.2.10055-I; et SAVATIER, obs. R.T.C. 1954.686, qui croit déceler dans l'arrêt *Arger* l'approbation du procédé classique dit *du double acte*; cela est difficile à admettre, car le partage n'était pas encore intervenu 20 ans après la donation; il faudrait supposer que les parties ont voulu faire un double acte, mais que le désaccord est né entre elles aussitôt après la donation, empêchant le partage; cependant le testament exhérédant la fille n'intervient que 13 ans après la donation. L'idée que la donatrice, qui s'était réservé l'usufruit garanti par une clause d'inaliénabilité, avait envisagé une licitation après son décès, est plus vraisemblable: C'est là l'élargissement dénoncé.

l'avancement d'hoirie portant sur une quotité de la succession. Mais ce cas est asssez rare, l'avancement d'hoirie consistant le plus souvent en une attribution privative.

219. — 3) Il découle de la structure du partage que l'acte doit opérer des attributions privatives. L'ascendant ne devrait pas pouvoir attribuer certains biens à un enfant et transférer le surplus indivisément aux autres enfants. Dans le partage ordinaire, si une seule personne sort de l'indivision, il ne se produit pas d'effet déclaratif à l'égard des autres indivisaires, donc pas de véritable partage.

Or un arrêt de la Cour d'Appel de Chambéry du 3 décembre 1951 admet comme partage d'ascendant la disposition allotissant un seul des descendants et nantissant les autres d'un ensemble de biens indivis[1]. C'est une notion large du partage qui est retenue[2]. L'exigence des attributions privatives a complètement disparu. Il devient difficile de distinguer la donation-partage ou le testament-partage du simple don ou legs, et particulièrement de l'avancement d'hoirie, puisque l'attribution globale faite aux héritiers non allotis peut porter sur une soulte à la charge de l'héritier alloti.

220. — 4) La logique de l'idée de partage d'ascendant veut que les biens attribués appartiennent privativement à l'ascendant: on ne peut partager que ce dont on peut disposer. Le disposant ne devrait pas pouvoir lotir certains de ses descendants au moyen d'une soulte mise à la charge de l'enfant auquel il attribue ses biens, car cette soulte ne lui a jamais appartenu.

A vrai dire, le problème posé par ce type de stipulation n'a pas été soulevé que depuis les réformes de 1938. Car dès lors que l'argent attribué ne figure pas parmi les biens partagés, le partage d'ascendant viole nécessairement le principe de l'égalité en nature; cela suffisait à l'invalider en général, la règle des articles 826 et 832 du Code Civil ne souffrant que d'assez rares exceptions à cette époque. La question du respect de la parité masquait celle de la validité de la soulte: on se fiait au critère sélectif de l'égalité en nature; si bien que les arrêts validaient ces stipulations dans la mesure où l'impartageabilité des biens en nature les rendait nécessaires à la répartition[1].

219[1]. Chambéry 3 déc. 1951, *Laissus*, J.C.P. 1952.2.6881, obs. VOIRIN.

219[2]. Celle qui joue dans le partage ordinaire, lorsqu'il s'agit d'appliquer la rescision pour lésion; l'allotissement unique est alors qualifié de partage partiel. Trouver un fondement dans un texte à la jurisprudence libérale en matière de partage d'ascendant est hasardeux. M. le Doyen VOIRIN, obs. précitées 219[1], dont le raisonnement est repris par M. PELLEGRIN, th. cit. 214[1]. n° 76, la fonde sur l'article 1077 du Code Civil, qui autorise à adjoindre au partage d'ascendant incomplet par omission une opération de partage postérieure au décès, à laquelle l'ascendant est étranger. C'est négliger que l'attribution postérieure ne fait pas bénéficier les enfants omis des avantages propres au partage d'ascendant: privilège, garantie, action en réduction spéciale, action en rescision (*infra* n° 235).

220[1]. *V.* les arrêts cités par PELLEGRIN, th. cit. 214[1], note 777.

Le véritable problème s'est révélé lorsqu'à la suite des remaniements législatifs de 1938, l'égalité en nature cessa de constituer un frein pour le partage d'ascendant. Une partie de la doctrine considère en effet que le principe de parité ne peut plus s'y appliquer[2]. Sans aller jusque là, on peut estimer que, si le principe a encore vocation à s'appliquer au partage d'ascendant, comme le déclare la Cour de Cassation qui reprend ses formules antérieures à 1938, en fait il ne constitue plus, par suite des asssouplissements légaux et surtout jurisprudentiels, une entrave que dans des cas exceptionnels[3]. Dans la plupart des hypothèses l'ascendant dispose d'autant de liberté qu'en matière de libéralités ordinaires.

L'allotissement de certains des descendants au moyen d'une soulte a été admis par les arrêts intervenus dans la célèbre affaire *Gougay*, dans laquelle l'attributaire unique des biens avait été chargé par l'acte de récompenser en argent ses nœuf frères et sœurs[4]; et il est tenu pour une solution acquise[5].

Le fondement de cette position réside dans la possibilité de faire intervenir en matière de partage d'ascendant les récompenses pécuniaires que prévoit l'article 866 du Code Civil, ainsi qu'y invite l'article 1079 du Code Civil[6]. D'une base techniquement aussi précise, il pourrait sembler ne découler la faculté d'allotir en soulte que dans la mesure

---

220[2]. M. le Doyen Voirin, *L'inégalité en nature dans les donations-partages est-elle aujourd'hui sanctionnée?* J.C.P. 1951.1.899, (suivi par Savatier, obs. au J.C.P. 1951.2.6056-I, et Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 115-120), argue que: d'une part, sanctionner cette inégalité reviendrait à sanctionner la lésion post-contractuelle, découlant des variations divergentes de la valeur des biens après la donation-partage, qui depuis l'entrée en vigueur de l'al. 2 de l'art. 1078 issu de la loi du 7 fév. 1938 n'est plus prise en considération; d'autre part, l'annulation de l'acte serait inefficace à cause de la conversion des attributions en avancements d'hoirie, laissant substister l'allotissement critiqué.

Ce raisonnement conduit l'éminent professeur à limiter l'exonération de parité à la donation-partage, car dans le testament-partage, il ne peut pas y avoir de fraude quant à la lésion, et aucune conversion ne serait possible (art. cit. n° 15). On peut toutefois douter de cette limitation, soit qu'on suive les auteurs qui fondent l'exemption de parité sur une abrogation par inadvertance de la dispense introduite par la loi du 7 fév. 1938 dans l'article 1075, soit plutôt qu'on relève que la défaillance du premier argument dans le cas du testament n'entraîne pas une obligation d'égalité, et qu'on conteste le second: de nombreux auteurs admettent la conversion du testament-partage, conformément à l'esprit de l'art. 1078 al. 4 (cf. Pellegrin, th. cit., n° 60).

L'admission de la disparité est dans la ligne des réformes de 1938. Et l'assouplissement légal de la règle ouvre suffisamment la porte aux cas de soultes pour qu'on puisse noter la dégradation du partage d'ascendant à ce point de vue.

220[3]. Despax, art. cit. 216[5], p. 248; Civ. 28 mai 1951, *Delacroix*, J.C.P. 1951. 2.6836.

220[4]. Civ. 8 déc. 1948, *Gougay*, D. 1949.J.145, note Lalou, J.C.P. 1949.2.4652, obs. J-F.L.C. (Le Clec'h, conseiller rapporteur), S. 1949.1.163; sur renvoi: Angers 11 janv. 1950, J.C.P. 1950.2.5297, D. 1951.J.493, note H.L. (Lalou).

220[5]. Civ. 18 déc. 1950, *Jacquet*, J.C.P. 1951.2.6056, obs. Savatier, D. 1951.J.37, note Lenoan; Civ. 24 juin 1963, *Sentuc*, G.P. 1963.2.352, J.N. 1964. art. 47207, note Viatte.

220[6]. Le Clec'h et Lalou, notes sous l'arrêt Gougay de 1948, précité 220[4]; Terré, th. cit. 216[6], n° 138-139; Voirin, obs. au J.C.P. 1957.2.10055-I.

de la réparation de l'atteinte à la réserve des cohéritiers de l'attributaire des biens, et non dans celle de la reconstitution de leur part héréditaire normale, qui ressortit davantage du rapport. Mais qui peut le plus peut le moins; et, si le disposant peut réduire un enfant à une soulte à concurrence de sa réserve intangible, il le peut aussi s'il lui fait la faveur de lui attribuer une part égale à celle de ses cohéritiers.

On peut aussi fonder la validité de la stipulation sur la disposition de l'article 1078 alinéa 4 du Code Civil, qui convertit le partage d'ascendant nul comme partage en avancements d'hoirie, c'est-à-dire en libéralités rapportables en moins prenant, réduisant en l'occurrence le bénéficiaire de la soulte à recevoir une somme d'argent. Autant admettre d'emblée son allotissement en récompense[7]. Dans le cas précis où le destinataire de la soulte est omis ou n'accepte pas son lot, la somme se trouvant au décès dans la succession comme bien libre, on peut penser que l'article 1078 alinéa 4 joue directement, sauvant la validité du partage d'ascendant avec soulte[8].

Ces arguments ne sont pas pleinement satisfaisants, du moins si l'attribution unique entame la réserve des cohéritiers, car la réduction, même en valeur, qui devrait normalement intervenir, procurerait à ceux-ci grâce au calcul proportionnel des sommes plus importantes que la soulte établie selon la valeur des biens figée au moment de l'acte. On peut rétorquer qu'ouvrir la possibilité de critiquer le montant de la soulte reviendrait souvent à sanctionner la lésion post-contractuelle. D'ailleurs la jurisprudence est ferme.

Il est donc possible de qualifier de partage d'ascendant l'acte aux termes duquel un seul ou quelques-uns des descendants successibles reçoivent des attributions réelles, les autres étant réduits à des soultes. Une telle opération vaut partage d'ascendant à l'égard de tous ceux qui l'acceptent.

La combinaison de tous ces éléments de dégradation de la structure du partage d'ascendant rapproche considérablement cette institution de l'avancement d'hoirie, avec lequel se produisent désormais maints recoupements et équivalences.

§ 3. — Recoupements et équivalences des deux techniques.

221. — Les brèches ouvertes dans le cadre rigide du partage d'ascendant par l'érosion qui l'affecte permettent à l'avancement d'hoirie, doté d'une efficacité nouvelle, de s'introduire dans le domaine du partage d'ascendant. Les évolutions des deux institutions se combinent pour donner naissance à des situations hybrides difficiles à rattacher à l'une des techniques plutôt qu'à l'autre.

220[7]. Cf. Savatier, obs. précitées 220[5], point IV.

220[8]. Voirin, obs. au J.C.P. 1960.2.11875, sous Civ. 15 juin 1960, *Nalio*.

Tantôt l'ascension de l'avancement d'hoirie jusqu'à la fonction d'allotissement efficace joue un rôle prédominant dans la genèse de l'opération ambivalente; tel est le cas des avancements d'hoirie faits en série. Tantôt c'est le glissement du partage d'ascendant, qui est à l'origine du recoupement; tel est le cas des allotissements isolés.

A. — Les groupes d'avancements d'hoirie, allotissant tous les successibles:

222. — Le disposant peut fort bien adresser un avancement d'hoirie à chacun de ses successibles.

Il assigne un bien déterminé à chacun, ce qui lui permet d'allotir ses héritiers conformément à leurs goûts et à leurs aptitudes et d'éviter ainsi les difficultés du règlement successoral. La série d'avancements d'hoirie joue alors le rôle traditionnel du partage d'ascendant. La disparité des avancements d'hoirie correspond à l'inégalité en nature qui est admise aujourd'hui dans les partages d'ascendants. La situation est proche de celle qui résulte des legs d'attribution envisagés par Lambert, puis par M. Vialleton[1]. Ces libéralités sont préciputaires, mais la libération de l'avancement d'hoirie du rapport en nature lui donne la même efficacité.

Le disposant peut aussi faire des avancements d'hoirie portant sur de simples quotités dans les biens transmis indivisément. L'utilité de l'opération est limitée, car elle laisse subsister la nécessité d'un partage ultérieur entre les héritiers gratifiés. Mais dès lors que toute donation à successible est présumée rapportable, ce type d'avancement d'hoirie doit se rencontrer, lorsque le disposant veut se démettre de ses biens en faveur de ses héritiers présomptifs sans prendre parti sur leur répartition[2]. Or nous savons que les partages d'ascendants sans division matérielle des biens sont également admis, quelques réserves qu'ils appellent.

223. — Les avancements d'hoirie parfaitement égaux entre eux sont rares. Le seul avantage de l'égalité, dès lors qu'elle n'est pas accompagnée de la parité assurant des fluctuations parallèles de la valeur des biens attribués, serait de garantir qu'aucun des gratifiés ne lésera les autres par son insolvabilité au jour du règlement d'un rapport qui excèderait sa part héréditaire... L'établissement d'un équilibre entre les différentes libéralités exigerait du disposant des mises de fonds en espèces, qu'il ne voudra pas faire dans le cas d'un acte entre vifs et qu'il n'aura peut-être pas les moyens de faire dans son testament. L'éparpillement dans le temps des différents avancements d'hoirie les rend

---

222[1]. Lambert, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, Paris 1895, n° 823 et suiv.; Vialleton, *Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve*, R.T.C. 1940-41, pp. 25-27.

222[2]. Cf. Civ. 16 nov. 1953, *Arger*, J.C.P.N. 1954.2.8265, obs. Espagno.

presque nécessairement inégaux en valeur, pour peu que le disposant s'efforce de doter ses successibles de façon matériellement semblable; or l'avantage le plus apparent des groupes d'avancements d'hoirie sur les partages d'ascendants est de permettre le décalage dans le temps des attributions, selon les besoins.

Pourquoi le disposant rechercherait-il l'égalité du moins au delà de ce que les impératifs psychologiques imposent en fait? Le propre du rapport est de rétablir l'équilibre entre héritiers, momentanément compromis par l'attribution. L'allotissement des cohéritiers sera complété par une créance de récompense contre le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie le plus fort. La situation est analogue à celle qui résulte du partage d'ascendant, dans lequel est admis un large usage des soultes mises à la charge des copartagés les mieux allotis. Le montant de la compensation pécuniaire sera le plus souvent le même dans les deux cas[1], étant établi d'après l'évaluation à la date de l'acte des biens attribués. En outre, le terme de paiement sera le même: le décès, même dans le cas où les avancements d'hoirie sont comparés avec une donation-partage, puisque ce type de partage d'ascendant comporte fréquemment une telle stipulation, surtout lorsque l'ascendant se réserve l'usufruit des biens.

224. — Le groupe d'avancements d'hoirie équivaut donc sensiblement au partage d'ascendant sur le plan de l'efficacité. Il s'avère difficile de distinguer les deux institutions. L'acte qui se présente comme un partage d'ascendant complet peut être soupçonné de renfermer un ensemble d'avancements d'hoirie opérés par un acte unique[1]; et inversement plusieurs avancements d'hoirie faits dans le même acte et allotissant l'ensemble des héritiers peuvent être accusés de dissimuler un partage d'ascendant[2]. Le doute porte même sur une série d'avancements d'hoirie séparés dans le temps; leur décalage n'est considéré que comme un faible indice en faveur de leur qualification de libéralités ordinaires[3].

L'embarras existe aussi lorsque les avancements d'hoirie n'allotissent pas tous les enfants.

B. — Les avancements d'hoirie limités a certains successibles:

225. — Le plus souvent le disposant n'adresse pas un avancement d'hoirie à chacun de ses successibles; il se contente d'opérer selon les circonstances; l'avancement d'hoirie à un seul des héritiers est fréquent. Les autres héritiers en reçoivent la compensation par le jeu du rapport et,

---

223[1]. Si l'avancement d'hoirie supérieur aux autres ne les dépasse pas au point d'entamer les droits réservés de leurs attributaires et d'encourir la réduction proportionnelle.

224[1]. Civ. 16 nov. 1953, *Arger*, J.C.P. 1954.2.8265, obs. Espagno, et obs. Savatier R.T.C. 1954.686.

224[2]. Req. 11 fév. 1879, *Gallay*, D. 1879.1.297, S. 1880.1.201.

224[3]. Civ. 23 avr. 1959, *Vabre*, Bull. Cass. Civ. 1959.1.181

éventuellement, de la réduction en valeur, qui est largement possible. En général il suffit, pour rétablir l'équilibre, que ceux-ci prennent plus que le gratifié dans les biens restés libres; parfois s'impose un versement en numéraire du bénéficiaire de l'avancement d'hoirie: lorsque le montant du rapport excède la part héréditaire de son débiteur.

Or il existe une parenté certaine entre cette situation résultant de l'avancement d'hoirie isolé, et celle issue d'un partage d'ascendant.

226. — Le rapprochement avait été relevé par une jurisprudence ancienne, mais de façon prématurée.

Trois arrêts de la Cour de Cassation rendus en 1867, 1879 et 1910[1] ont qualifié de partages d'ascendants des avancements d'hoirie consentis à un ou deux des enfants du disposant[2]. Sans doute ces désicions sont-elles intervenues en matière fiscale, mais elles se fondent sur des arguments de pur droit civil. Elles relèvent que la libéralité a pour résultat l'attribution des biens selon les aptitudes des enfants, fonction caractéristique du partage d'ascendant (car à l'époque on ne s'est pas encore fait à l'idée de l'allotissement par avancement d'hoirie rapportable en moins prenant), et que l'acte aboutit au règlement de la succession, notamment parce qu'il porte sur l'essentiel du patrimoine. Ces arrêts notent que tous les enfants bénéficient de l'opération, car, par le jeu du rapport prévu dans l'acte, les cohéritiers de l'attributaire des biens en retirent une attribution pécuniaire. Et cette attribution est égale à celle adressée au gratifié en nature, or l'égalité des lots constitue un indice du partage d'ascendant.

Peut-être peut-on trouver en arrière-plan une justification au rejet de la qualification d'avancement d'hoirie par ces décisions, dans l'idée que, si l'on avait reconnu dans ces actes des libéralités ordinaires, se serait posé un malencontreux problème de respect de la réserve en nature; en effet, l'essentiel des biens successoraux ayant été attribué à l'un des héritiers, les autres pouvaient agir en réduction contre lui, et à cette époque cela eût signifié la destruction matérielle de l'allotissement voulu par le *de cujus*[3]. Le partage d'ascendant avec soulte évitait ce

---

226[1]. Civ. 23 avr. 1867, *Firn*, S. 1867.1.264, conclusions Blanche; Req. 8 juill. 1879, *Harmel*, S. 1880.1.177, rapport Dareste; Req. 19 avr. 1910, *Dubosc*, S. 1913.1.41, note Wahl.

226[2]. Les arrêts de 1867 et 1879 peuvent paraître, si l'on se fie à l'étiquette que portent les actes, relatifs à des préciputs avec charge. En réalité la charge représente exactement la valeur des parts des cohéritiers dans la succession, attribuée en entier au gratifié, comme un véritable rapport. L'arrêt de 1879 parle d'ailleurs de rapport. On a sans doute évité de parler d'avancement d'hoirie, parce qu'à cette époque il était encore soumis au rapport en nature et que la validité des clauses de rapport en moins prenant était encore controversée.

226[3]. La libéralité avec charges eût échappé à la critique, puisque seule la différence entre son émolument et la charge est prise en considération pour la réduction, et qu'ici cette différence est nulle.

risque. Cependant il encourait le reproche de ne pas respecter le principe de parité des lots, qui s'appliquait encore au partage d'ascendant. Cette règle n'était pas plus respectée que d'autres, tout aussi obligatoires dans un partage d'ascendant correct.

Cette jurisprudence était pour le moins prématurée, car elle reposait sur le triple oubli d'éléments qui étaient nécessaires au partage d'ascendant à l'époque où elle intervenait[4]. D'abord les cohéritiers de l'enfant gratifié en nature étaient lotis au moyen d'une soulte, puisqu'ils devenaient créanciers du rapport en valeur; aucun des arrêts ne relève la difficulté, ni en tant qu'attribution de biens n'appartenant pas à l'ascendant, ni en tant qu'atteinte à l'égalité en nature dans les partages. Ensuite ces cohéritiers ne bénéficiaient pas d'une attribution privative[5], puisqu'il leur était octroyé indivisément la soulte-rapport[6]. Enfin il était même très douteux qu'on pût considérer qu'il y eût une véritable attribution en leur faveur; en effet les cohéritiers du successible alloti n'étaient pas parties à l'acte et n'étaient même pas invités à l'accepter[7]; le partage d'ascendant était donc vicié par l'omission de ces enfants.

Il serait tentant de rendre compte de ces arrêts, en exposant que le non respect de ces exigences n'empêchait pas le partage d'ascendant d'exister, mais le faisait tomber sous le coup de diverses nullités. Mais ce serait inexact, car en fait les arrêts ont tenu les opérations analysées pour valables, et en droit les éléments défaillants sont des composantes indispensables du partage d'ascendant classique.

227. — Aujourd'hui le rapprochement est possible, car le partage d'ascendant a subi une dégradation qui a fait disparaître le triple obstacle qui le séparait de l'avancement d'hoirie isolé. Dans des circonstances exactement identiques à celles des arrêts critiqués, l'analyse de l'opération en partage d'ascendant est désormais fondée[1].

Désormais le partage d'ascendant peut ne pas comprendre tous les descendants successibles. Certains enfants peuvent être omis ou refuser le partage proposé. Celui-ci reste valable dès lors que ces enfants peuvent être remplis de leurs droits dans la succession.

226[4]. Wahl, note au S. 1913.1.41, sous Req. 19 avr. 1910, *Dubosc*, précité 226[1], ajoutait qu'en fait, par sa généralité, elle aboutissait à nier l'existence de l'avancement d'hoirie à descendant.

226[5]. Sauf dans l'affaire *Firn* de 1867, précitée 226[1], où la soulte était fixée par cohéritier.

226[6]. Les arrêts ne soulevaient même pas la question du respect de cette exigence. Toutefois le rapport du conseiller Dareste, dont l'arrêt *Harmel* de 1879 (précité 226[1]) entérinait les conclusions, réfutait la critique, en affirmant qu'une division n'était pas nécessaire, la masse à partager ne comprenant que l'argent de la soulte, lequel se divise de plein droit suivant les quotités revenant à chacun. L'idée rejoint et dépasse celle exprimée par l'arrêt *Arger* de 1953, précité 218[6], et encourt le même reproche.

226[7]. S'ils étaient intervenus à la donation, présentée comme avancement d'hoirie ou comme préciput, on n'eût pas manqué de relever le pacte sur succession future, et d'annuler toute l'opération à cause de son indivisibilité. *V. infra* n° 352-353.

227[1]. Trib. civ. Amiens 28 fév. 1952, *Demaret*, J.C.P.N. 1952.2.7306, obs. Dalimier.

Tel est le cas d'abord lorsqu'il reste suffisamment de biens libres dans la succession[2]. Cette hypothèse de partage d'ascendant permet d'établir la comparaison avec l'avancement d'hoirie[3] sur des bases différentes de celles de l'ancienne jurisprudence. L'analyste s'attachera moins au jeu du rapport au profit des cohéritiers, qu'à l'allotissement en nature du gratifié, puisque, même s'il n'y avait pas de rapport, la comparaison avec le partage d'ascendant serait possible pourvu que les cohéritiers trouvent dans la succession de quoi les nantir; le rapprochement peut désormais être opéré aussi avec le simple préciput. Les prétérits reçoivent l'équivalent de ce qui a été attribué à leurs cohéritiers copartagés[4]; lorsque l'acte, qui fait l'objet d'une rectification de qualification, est initialement un avancement d'hoirie, l'origine des fonds ne pose jamais de problème, même quand les biens libres ne correspondent qu'à la réserve des omis, puisque le rapport fournit de quoi les compléter[5].

Le rapport suffit même à lui seul pour nantir de leurs parts les enfants omis, puisque par définition il est égal au montant de l'allotissement en nature. Il ne s'agit pas de biens issus du patrimoine du disposant, et l'on pourrait douter de leur qualité de biens libres dans la succession. Mais, la créance de rapport-soulte figurant au décès dans la masse successorale, elle constitue incontestablement le bien successoral libre requis par l'article 1077 du Code Civil, et l'on doit l'admettre même dans la jurisprudence restrictive actuelle[6]. La comparaison tentée prématurément par l'ancienne jurisprudence, qui voyait l'allotissement des cohéritiers uniquement dans la soulte, peut être désormais menée à bien[7].

227[2]. On admet que les biens sont suffisants et que la nullité ne saurait être prononcée, dès qu'ils permettent de fournir leur réserve aux prétérits. *V.* PELLEGRIN, th. cit. 214[1], n° 49.

227[3]. MEURISSE, *Une institution à supprimer: le partage d'ascendant*, S. 1962, Chr. p. 13.

227[4]. L'équivalent, quelle que soit la théorie qu'on adopte sur le montant de la part qui doit échoir à un enfant omis. Car dans le système le plus généralement admis, on remplit l'omis de sa part virile complète (PELLEGRIN, th. cit. 214[1], n° 50), son action étant une pétition d'hérédité (VOIRIN, obs. au J.C.P. 1960.2.11875). Et dans le système original de M. SAVATIER (note au D. 1954.J.273), qui réduit l'omis à sa réserve sauf volonté contraire de l'ascendant, on peut admettre que dans le cas d'une opération qualifiée initialement d'avancement d'hoirie, la volonté d'égalité entre tous les héritiers est manifeste.

227[5]. Dans le cas d'un préciput initial, il faudra que les cohéritiers copartagés déboursent des soultes.

227[6]. Civ. 15 juin 1960, *Nalio*, J.C.P. 1960.2.11875, obs. VOIRIN; l'arrêt refuse aux copartagés le droit de compléter les biens libres insuffisants, même pour constituer la réserve de l'enfant omis, au moyen d'une offre spontanée de soulte, parce qu'il ne s'agit pas de biens successoraux (Cpr. Civ. 18 déc. 1950, *Jacquet*, J.C.P. 1951.2.6056, obs. SAVATIER, D. 1951.J.37, note LENOAN). Mais l'arrêt réserve le cas où la soulte est prévue dans l'acte.

227[7]. Nous menons la comparaison dans le sens de l'assimilation de l'avancement d'hoirie au partage d'ascendant. On peut aussi procéder au sens inverse; mais il faut que la soulte du partage d'ascendant soit stipulée payable au décès, car le *terme* de la dette de rapport est toujours le décès.

La stipulation de fixation du montant du rapport à la valeur du bien à la date du décès ou du partage n'empêche pas la comparaison, la soulte d'un partage d'ascendant pouvant être indexée.

L'avancement d'hoirie peut être assimilé au partage d'ascendant qui met à la charge des copartagés une soulte réservée à l'enfant qui n'est pas partie à l'acte.

Le rapprochement se marque aussi dans la situation des enfants qui ne bénéficient pas d'une attribution directe. En cas de partage d'ascendant incomplet, ils ne profitent pas des règles propres au partage d'ascendant: la garantie, le privilège du copartageant sur les biens attribués à l'alloti, l'action en rescision pour lésion, l'action en réduction spéciale[8]. La situation des cohéritiers créanciers du rapport est la même[9].

On peut aussi considérer que le *de cujus*, qui a paru faire un avancement d'hoirie, a voulu faire un partage d'ascendant complet avec soulte, l'allotissement de certains copartagés en soulte étant désormais admis. L'analyse est aventurée en cas d'opération entre vifs, car en général les cohéritiers de l'attributaire en nature ne sont visiblement pas invités à adhérer à l'acte; cependant la tentative mérite d'être faite lorsque les créanciers du rapport ont accepté l'avancement d'hoirie: on sauvera l'acte de la nullité des pactes sur succession future prohibés en y découvrant une donation-partage. En cas d'opération testamentaire, le rapprochement est plus aisé, car souvent il n'apparaît pas clairement si les héritiers acceptent seulement la succession ou s'ils acceptent aussi les attributions qui découlent à leur profit du testament; mais il est vrai que les avancements d'hoirie testamentaires sont rares.

Dans ces hypothèses, les présentations du rapport et de la soulte de partage d'ascendant peuvent fort bien concorder.

Il est admis que le montant de la soulte d'un partage d'ascendant ne soit pas déterminé dans l'acte. Tel était le cas dans l'affaire *Gougay*, où certains reconnurent un partage d'ascendant[10]. Or le montant du rapport est en principe indéterminé: on ne l'établit qu'après l'ouverture de la succession, bien qu'on dispose des éléments de calcul dès la date de la donation dans le système légal d'estimation. Dans l'affaire *Gougay* la soulte ne nantissait les cohéritiers que de leurs droits de réservataires; la base de comparaison avec le partage d'ascendant était un préciput et non un avancement d'hoirie; l'assimilation restait possible, parce que le partage d'ascendant peut se combiner avec des avantages préciputaires en un acte unique. Que l'apparence initiale soit un préciput ou un avancement d'hoirie, le pont avec le partage d'ascendant est toujours constitué par l'existence d'une soulte à la charge du gratifié, équivalente aux parts successorales des cohéritiers dans le cas de l'avancement d'hoirie rapportable[11],

---

227[8]. Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 50 *in fine*; Planiol et Ripert, t. 5, par Trasbot et Loussouarn, n° 835 p. 1044; Ripert et Boulanger, t. 4, n° 3981; Voirin, obs. au J.C.P. 1960.2.11875-IV.

227[9]. *V. infra* n° 236.

227[10]. Civ. 8 déc. 1948, *Gougay*, cité 220[4].

227[11]. Tel était le cas dans Trib. civ. Largentière 10 oct. 1950, *Bonhomme*, J.C.P. 1950.2.5900, obs. Grenier. Dans cette affaire, on peut se demander dans quelle mesure la qualification de testament-partage, attribuée à un véritable legs en avancement d'hoirie, n'est pas fondée sur le désir de trouver un appui à une décision de rejet de l'attribution préférentielle, à une époque où la jurisprudence était plus fournie sur ce point pour le partage d'ascendant que pour les libéralités ordinaires...

équivalente à leurs seuls droits réservés dans le cas du préciput réductible.

La soulte du partage d'ascendant peut aussi être chiffrée. Certains auteurs voient dans cette fixation un signe caractéristique du partage d'ascendant[12]. On peut douter de cette vertu distinctive. Car le rapport aussi peut être chiffré dans l'acte d'avancement d'hoirie[13]: tel est le propre du rapport forfaitaire. Une différence devrait cependant apparaître: le rapport correspond à la totalité du lot du gratifié, alors que la soulte de partage ne couvre que la quote-part des cohéritiers dans la valeur du lot; mais peut-on s'arrêter à des détails de rédaction des actes, alors qu'en fait la situation est la même, puisque l'héritier gratifié en avancement d'hoirie ne se trouve finalement débiteur que de la part de ses cohéritiers dans la valeur du bien?

En présence de l'interférence des domaines d'efficacité des deux institutions, le critère de qualification revêt une importance décisive. Or celui qui est actuellement retenu se révèle inapte à opérer une distinction.

§ 4. — L'inefficacité du critère de distinction.

Jadis le partage d'ascendant était aisément reconnaissable à ses composantes matérielles. Aujourd'hui le critère retenu par la jurisprudence est purement subjectif. Et il s'avère très difficile à mettre en œuvre.

A. — Promotion du critère subjectif du partage d'ascendant:

228. — Le critère traditionnel du partage d'ascendant reposait sur l'existence des quatre éléments matériels dont nous avons relevé la dégradation[1]. Désormais leur défaut ne suffit plus à indiquer qu'un acte douteux ne relève pas des articles 1075 et suivants du Code Civil. L'arrêt de cassation du 8 décembre 1948, intervenu dans l'affaire *Gougay*[2], a désapprouvé la Cour d'Appel de Rennes, non parce qu'elle refusait la qualification de donation-partage à l'acte qui attribuait tous les biens à un enfant à charge de récompenser ses frères et sœurs, mais parce que la constatation de la carence de certaines composantes objectives ne suffit plus à dénier à un acte la nature de partage d'ascendant[3]. D'autre part, l'avancement d'hoirie, qui est devenu aussi efficace que le partage

---

227[12]. Savatier, art. cit. 216[3], n° 7.

227[13]. Il n'en saurait être de même de la soulte correspondant à la réduction, ce qui était le cas dans l'affaire *Gougay*. Alors le critère est applicable; sans que cette applicabilité préjuge d'ailleurs de son efficacité.

228[1]. *Supra* n° 217-220.

228[2]. Cité *supra* 220[4].

228[3]. Voirin, obs. au J.C.P. 1957.2.10055.

d'ascendant, peut exceptionnellement présenter tous les éléments matériels qui caractérisent celui-ci. Lorsqu'il se produit cumul de défaillances, comme dans l'affaire *Gougay*, ou absence d'un seul élément, comme dans les arrêts postérieurs qui ont qualifié de partage d'ascendant des opérations aventurées[4], l'examen des seuls éléments matériels est nécessairement inefficace à distinguer le partage d'ascendant des libéralités ordinaires et particulièrement de l'avancement d'hoirie.

229. — En présence de l'égale efficacité et de l'égale souplesse formelle du partage d'ascendant et de la libéralité ordinaire, l'ascendant bénéficie d'un libre choix[1]. La qualification de l'acte qu'il produit dépend donc essentiellement de sa volonté. Lorsqu'il y a doute, il faut s'attacher à découvrir l'intention du disposant, en s'appuyant sur les circonstances de l'opération. L'élément subjectif est devenu prépondérant dans la qualification du partage d'ascendant, alors qu'auparavant on n'y faisait appel qu'accessoirement aux éléments objectifs[2]. C'est ce que proclame l'arrêt de la Cour d'Angers du 11 janvier 1950, statuant sur le renvoi de l'affaire *Gougay* par la Cour de Cassation[3]. Et c'est la position qu'a consacrée ensuite la haute juridiction[4]. Mais le nouveau critère rencontre de sérieuses difficultés dans la mise en œuvre.

B. — Difficulté de mise en œuvre du critère:

230. — Pour que le critère subjectif soit efficace à dissiper la confusion qui naît du recoupement du partage d'ascendant et de l'avancement d'hoirie, il faudrait qu'il soit précis. Il s'agit de tirer des indices de l'acte, seule traduction de la volonté dont on puisse tenir compte. Mais lesquels? Il convient d'éliminer de prime abord la référence à l'article 1075 du Code Civil contenue dans l'acte; la dénomination que les parties donnent à l'opération est sans influence sur la qualification; tout au plus, peut-elle servir à corroborer les conclusions tirées d'autres indices[1]. La recherche a été menée dans deux directions: l'une suivant la cause de la disposition de l'ascendant, l'autre s'attachant à la technique de l'opération.

231. — M. Delaume découvre dans la cause de l'opération douteuse le révélateur de la qualification qu'il convient de lui appliquer[1]. La notion de cause retenue n'est pas, bien entendu, la notion classique,

---

228[4]. Cités *supra* 217[5], 218[6], 219[1], 220[4-5].

229[1]. Savatier, art. cit. 216[3], R.G.N. 1952 art. 27036, n° 2 *in fine*.

229[2]. P. ex. Req. 20 janv. 1947, *Bertrand*, S. 1947.1.109, note Delaume, J.C.P.N. 1948.2.4589, obs. Voirin.

229[3]. Angers 11 janv. 1950, *Gougay*, J.C.P. 1950.2.5297, D. 1951.J.493, note H.L.

229[4]. Civ. 5 janv. 1956, *Gougay*, J.C.P. 1957.2.10055, obs. Voirin; Civ. 23 avr. 1959, *Vabre*, Bull. Cass. Civ. 1959.1.181. *V.* pour l'application par les Cours d'Appel p. ex. Aix 10 juin 1964, *Z.-V.*, D.S. 1965.J.119, note Voirin.

230[1]. Civ. 5 janv. 1956, *Gougay*, cité 229[4]; Civ. 23 avr. 1959, *Vabre*, cité *eod. loco.*

231[1]. Delaume, note au S. 1947.1.109, sous Req. 20 janv. 1947, *Bertrand.*

qui se satisfait de l'*animus donandi* abstrait. Celui-ci se rencontre dans toutes les libéralités, et est par conséquent inefficace à distinguer le partage d'ascendant. Il faut faire appel à la notion moderne, dans laquelle l'esprit de gratification ne peut pas être détaché du motif déterminant qui l'a provoqué. C'est cette notion de la cause qui permet à la jurisprudence de reconnaître les libéralités purement gracieuses des libéralités intéressées, faites dans un but déterminé. De même, elle est habile à séparer le partage d'ascendant de la libéralité ordinaire. Dans la donation-partage ou le testament-partage, l'ascendant est essentiellement animé de la pensée d'éviter les contestations successorales entre ses héritiers, alors que dans la donation ou le legs ordinaire sa volonté est essentiellement de gratifier.

Mais la recherche de la cause s'avère impossible et le critère qui en est tiré inefficace. En effet, comment déceler la volonté de répartir du disposant, alors que le plus souvent l'acte litigieux n'opère aucune répartition et se présente comme un quelconque transfert de biens ?[2]. La jurisprudence estime surabondante l'énonciation dans le partage d'ascendant des motifs qui inspirent les parents[3]; pourtant, lorsqu'un acte n'est pas conforme aux canons portés dans les formulaires notariaux, il comporte le plus souvent un exposé préambulaire dont le but est précisément de mettre en lumière les fins poursuivies par les parties. D'autre part, volonté de répartir et volonté de gratifier se trouvent étroitement mêlées dans bien des cas. L'ascendant peut introduire dans le partage d'ascendant certaines clauses d'ordre préciputaire[4]; il peut aussi ne pas avoir la volonté de répartir: tel est le cas en général lorsqu'il omet volontairement certains enfants, ou lorsqu'il établit un acte tel qu'ils ne peuvent pas l'accepter. Surtout, l'avancement d'hoirie découle le plus souvent d'une volonté de répartition équitable de la succession, du désir d'allotir le gratifié en évitant les querelles du règlement héréditaire; il attribue plus qu'il n'avantage.

Le signe de la volonté du père de famille d'instrumenter un partage d'ascendant doit être recherché ailleurs.

232. — Le seul procédé, qui reste praticable pour découvrir les intentions du disposant, consiste à s'attacher aux détails de la rédaction de l'acte, à la technique dans laquelle l'ascendant a moulé sa volonté.

M. le Doyen Savatier tient pour caractéristique du partage d'ascendant l'emploi par l'ascendant des termes « attribution » et « lot » pour désigner ce que recevront ceux des héritiers qui ne bénéficient pas d'un allotissement classique[1]. « Toutes les fois que l'ascendant aura

---

231[2]. Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 79-80.

231[3]. Civ. 18 déc. 1950, *Jacquet*, J.C.P. 1951.2.6056, obs. Savatier, D. 1951.J.37, note Lenoan.

231[4]. Cf. Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 66.

232[1]. Savatier, art. cit. 216[3], R.G.N. 1952, art. 27036, n° 7.

déclaré qu'il compose le lot ou la part d'un de ses descendants avec les soultes payées par d'autres, il y aura partage d'ascendant. De même lorsqu'il aura employé pour désigner les droits du bénéficiaire de la soulte le mot *attribution* ».

L'indice ne semble pas très probant, l'usage de termes propres au vocabulaire du partage ne doit pas retenir l'attention des tribunaux davantage que la référence à l'article 1075 du Code Civil[2]. M. SAVATIER n'y insiste d'ailleurs pas.

L'existence d'une certaine égalité dans l'opération a également retenu l'attention. M. le Doyen VOIRIN, approuvant les juges de la Cour d'Angers[3], relève à propos de l'affaire *Gougay* que l'ascendant n'avait gratifié qu'un seul enfant et entendait réduire les autres à leur réserve, et qu'il n'avait invité aucun des cohéritiers à donner son consentement à l'acte[4]. Effectivement la tendance est naturelle de rechercher les manifestations d'égalité dans le partage d'ascendant, et la jurisprudence attache une grande importance à ces indices[5].

Mais nous savons que l'omission, même volontaire, de certains des enfants n'empêche pas le partage d'ascendant d'exister, et qu'il est possible d'introduire un préciput dans l'acte en faveur de l'héritier avantagé. Inversement, si l'opération était complète et égalitaire, on pourrait encore mettre la qualification de partage d'ascendant en balance avec celle d'un groupe d'avancements d'hoirie ou même de préciputs.

La présentation des soultes, qui découlent de l'acte, paraît davantage révélatrice.

M. SAVATIER exige qu'elles soient chiffrées, ce qui les différencierait des compensations pécuniaires afférentes aux règlements successoraux, dont le montant n'est déterminé qu'à l'instant de la liquidation finale[6]. Cet indice est l'un de ceux retenus par l'arrêt de la Cour d'Angers dans l'affaire *Gougay*. Mais l'évaluation des soultes se rencontre aussi dans l'avancement d'hoirie assorti d'un rapport forfaitaire, et dans le préciput avec charge.

Aussi M. SAVATIER précise-t-il sa pensée: il faut que les soultes soient attribuées divisément aux cohéritiers, que le montant total soit réparti entre eux. Effectivement, cette division, si elle est inapte à distinguer le partage d'ascendant du préciput avec charges, exclut du moins en général la qualification d'avancement d'hoirie, puisque le rapport ne peut guère être réparti avant que ne soient connus le nombre et la désignation de ceux des successibles qui acceptent l'hérédité. Observons

---

232[2]. PELLEGRIN, th. cit. 214[1], n° 82.

232[3]. Angers 11 janv. 1950, *Gougay*, cité 229[3].

232[4]. VOIRIN, obs. au J.C.P. 1957.2.10055-II, sous Civ. 5 janv. 1956, *Gougay*.

232[5]. Civ. 29 avr. 1959, *Vabre*, Bull. Cass. Civ. 1959.1.181; déjà: Req. 10 avr. 1910, *Dubosc*, S. 1913.1.41, note WAHL.

232[6]. SAVATIER, *loc. cit.* 232[1].

cependant qu'en sens inverse l'absence de division de la soulte ne signifie pas nécessairement qu'il n'y a pas partage d'ascendant, car l'exigence matérielle classique des attributions privatives a disparu.

M. le Doyen VOIRIN relève comme un signe révélateur de la donation-partage le fait que la récompense à fournir par l'enfant alloti à ses cohéritiers doit être payée avant le décès de l'ascendant[7]; en effet les indemnisations successorales légales ne sont dues qu'après l'ouverture de la succession[8]. L'indice est retenu dans l'affaire *Gougay* par la Cour d'Angers et implicitement par la Cour de Cassation[9], qui en fait ultérieurement état de façon expresse[10].

Mais l'efficacité de cet indice est limitée. Car les donations-partages contiennent très fréquemment une clause de payement des soultes au décès, surtout lorsqu'elles comportent une réserve d'usufruit par le donateur[11]; et il n'est pas question de douter de la qualification de la donation-partage parce qu'elle utilise cette modalité classique. D'autre part, le critère ne peut pas jouer en matière de testament-partage, dans lequel les soultes payables du vivant du testateur sont inconcevables[12]. M. PELLEGRIN note enfin que les soultes payables avant le décès peuvent fort bien être confondues avec les charges qui assortiraient un préciput[12].

233. — Au total, les indices retenus pour la mise en œuvre du critère subjectif ont chacun une efficacité très restreinte, et il n'en est aucun que l'on doive obligatoirement renconter dans le partage d'ascendant. Additionnés, ils emportent certainement la décision; encore faut-il qu'ils existent dans l'acte litigieux...

Le critère subjectif est inapte à dissipper la confusion qui unit toute une série d'actes qui peuvent prétendre à la double qualification de partage d'ascendant et d'avancement d'hoirie. Le disposant, qui ne bénéficie pas de lumières particulières, peut fort bien rester dans le vague, car les deux institutions sont aptes à la réalisation du but économique

---

232[7]. VOIRIN, *loc. cit.* 232[4].

232[8]. M. DALIMIER, obs. au J.C.P.N. 1952.2.7306 sous Trib. civ. Amiens 28 fév. 1952, *Demaret*, retient le même indice. Mais il en donne une justification aberrante: la donation-partage ne peut porter sur des biens à venir. Ce raisonnement conduit à interdire toute donation-partage avec payement des soultes rejeté à l'ouverture de la succession! D'ailleurs la soulte n'est pas un bien à venir, c'est un élément extérieur au patrimoine du donateur.

232[9]. Civ. 5 janv. 1956, *Gougay*, cité 229[4], et la note anonyme en ce sens au R.G.N. 1956, art. 27414.

232[10]. Civ. 23 avr. 1959. *Vabre*, précité 232[5]; dans le même sens: Trib. civ. Amiens 28 fév. 1952, *Demaret*, précité 232[8].

232[11]. Encore que la proportion des donations-partages avec réserve d'usufruit, assorties du payement immédiat des soultes, ne soit pas négligeable; cf. l'affaire *Demaret*, précitée 232[8]. Les notaires, devant les méfaits des fluctuations monétaires et la difficuté d'y remédier, conseillent le payement comptant. Les organismes de crédit prêtent sur l'immeuble donné, dès lors que l'usufruitier consent à leur profit un cautionnement hypothécaire.

232[12]. PELLEGRIN, th. cit. 214[1], n° 82.

qu'il se propose d'atteindre: l'allotissement de ses héritiers. Pourtant il a intérêt à choisir de façon précise son instrument, car, si, quant à l'efficacité, le partage d'ascendant et l'avancement d'hoirie s'équivalent, quant au régime leur divergence est telle qu'aucune confusion n'est plus possible.

Section II

DIVERGENCE QUANT AU RÉGIME

Avancement d'hoirie et partage d'ascendant s'opposent nettement par leur régime.

234. — N'insistons pas sur les divergences qui relèvent du « droit réglementaire »: elles sont souvent indépendantes des qualifications de droit civil et elles peuvent exister entre deux formes d'une même institution. Ce ne sont pas elles qui nous permettront de savoir si partage d'ascendant et avancement d'hoirie constituent encore deux institutions différentes. Cependant il convient de noter leur existence.

La divergence dans le statut fiscal est d'une importance pratique primordiale; c'est elle qui a été à la base de la plupart des recherches de distinction entre les deux types d'actes[1].

Les donations-partages bénéficient d'une réduction de 25 % des droits de mutation à titre gratuit (art. 786 Code Général des Impôts)[2]; encore faut-il noter que la même réduction profite aux avancements d'hoirie faits par contrat de mariage. Les copartagés profitent aussi de l'abattement sur les droits de mutation accordé aux héritiers en ligne directe par l'article 774-I du C.G.I., qu'ils soient enfants ou petits-enfants des disposants, alors que les gratifiés ordinaires n'en bénéficient que s'ils sont les enfants des donateurs ou testateurs[3].

Le testament-partage est moins favorisé que le legs ordinaire: il est assujetti au droit proportionnel de partage (art. 708 C.G.I.), alors que le testament ordinaire n'est atteint que par le droit fixe (art. 670 C.G.I.).

De plus, tout partage d'ascendant dans lequel les attributions en nature sont de montants inégaux et dans lequel certains copartagés ont à payer des sommes d'argent aux autres supporte le droit de soulte,

---

234[1]. Cf. les arrêts: Civ. 23 avr. 1867, *Firn*, S. 1867.1.264; Req. 8 juill. 1879, *Harmel*, S. 1880.1.177, rapport Dareste; Req. 19 avr. 1910, *Dubosc*, S. 1913.1.41, note Wahl; Trib. civ. Amiens 28 fév. 1952, *Demaret*, J.C.P.N. 1952.2.7306, obs. Dalimier.

234[2]. La réduction ne s'applique pas au testament-partage. Wahl relève, dans sa note au S. 1913 sous l'arrêt *Dubosc*, précité 234[1], que cette réduction fait que l'Enregistrement tente moins souvent de faire qualifier de partage d'ascendant des donations que des testaments...

234[3]. Réponses Min. Finances: J.O. Déb. Ass. Nat. 13 nov. 1964 p. 5370, J.C.P.N. 1964-IV-3803, et J.O. Déb. Sénat 30 avr. 1965 p. 146, J.C.P.N. 1965.IV.3884.

c'est-à-dire le droit de mutation à titre onéreux; cette charge le désavantage par rapport à la série d'avancements d'hoirie inégaux, entraînant des rapports différents, qui ne donne lieu qu'à la perception du droit de partage[4].

Notons enfin que la cession ou le lotissement d'un terrain à bâtir acquis par donation-partage donne ouverture à une imposition des plus-values moins forte que lorsque le terrain est entré dans le patrimoine du contribuable par simple donation (loi du 19 déc. 1963, art. 3-III-1 et art. 4-I et III)[5].

On relève aussi une différence dans le domaine de la réglementation économique du commerce. L'article 6 de la loi du 20 mars 1956 dispense le bénéficiaire d'un partage d'ascendant qui veut donner à bail son fond de commerce, des exigences de cette loi: avoir été commerçant pendant 7 ans et avoir exploité le fonds pendant 2 ans. Mais l'opposition est mince, car le légataire ordinaire bénéficie aussi de la dérogation; seul le copartagé entre vifs a l'avantage sur la gratifié ordinaire.

On pourrait enfin être tenté de relever une opposition entre donation-partage et avancement d'hoirie quant à la possibilité de liquidation anticipée du salaire différé. Car l'article 67 du décret-loi du 29 juillet 1939 dans la rédaction qui résulte de la loi du 5 août 1960 ne mentionne que la première de ces opérations. Mais il fait précéder cette mention de l'adverbe « notamment », ce qui réserve toutes les occasions de liquidation anticipée[6], dont l'avancement d'hoirie. Il est vrai qu'en fait on conçoit assez mal cette liquidation en une autre circonstance que celle du partage anticipé[7].

234[4]. Cf. Pinson *Donation-partage ou donation en avancement d'hoirie*, R.G.N. 1954 art. 27288. Le partage d'ascendant est exceptionnellement exonéré du droit de soulte, lorsque l'attribution en nature faite au débiteur de la soulte porte sur une exploitation agricole dans certaines limites: art. 710 C.G.I. Comme l'avancement d'hoirie, mais pour des raisons différentes le préciput avec charge au profit des cohéritiers échappe au droit de soulte; cf. Dalimier, précité 234[1].

234[5]. Sous réserve d'un traitement de faveur dans certains cas de donation à enfant unique. *V.* Rép. Min. Finances. J.O. Déb. Ass. Nat. 27 mai 1965 p. 1617, R.N.D. 1966 art. 28822.

234[6]. Sicard, *L'évolution de la notion de contrat de travail à salaire différé*, Recueil Général des Lois et de la Jurisprudence et Répertoire Commaille 1961 doctr. p. 20; De Bermond De Vaulx, *Le contrat de travail à salaire différé*, J.C.P. 1965.1.1893, 2e partie, *in initio*.

234[7]. Car dans le partage d'ascendant l'exploitant agricole débiteur peut se contenter, pour s'acquitter, de modifier la répartition des biens entre ses héritiers en augmentant le quantum des droits du copartagé créancier, du montant de son salaire, sans rien décaisser (P. ex. un père veut partager des biens d'une valeur de 1800 entre ses trois fils. L'un d'eux a droit à un salaire de 600. Le père lui attribue des biens à concurrence de ce salaire plus une part égale à celle de ses frères, soit 600 + 400 = 1000, alors que ses frères obtiennent chacun 400). Dans tous les autres cas, il doit débourser la somme nécessaire.

De plus, adjoint à un avancement d'hoirie, le payement du salaire différé manquerait son but, qui est d'aider le salarié à régler la soulte qu'il doit à ses cohéritiers pour l'attribution de partage qui lui est faite; en effet le rapport ne peut pas être exécuté avant l'ouverture de la succession. Par contre, liquidée au décès, sa créance est aussi utile en cas d'avancement d'hoirie que liquidée par anticipation en cas de donation-partage.

Les divergences de pur droit civil sont bien plus graves et significatives que celles de droit réglementaire. Elles peuvent être regroupées sur quatre plans: les relations entre les bénéficiaires des dispositions, la stabilité des opérations, le respect des droits héréditaires des cohéritiers, et les circonstances de formation, qui excluent souvent l'un des procédés.

§ 1. — Relations entre bénéficiaires des dispositions.

235. — *a*) Le partage d'ascendant établit entre les bénéficiaires de ses lots des relations de partage; il confère aux copartagés, les uns vis-à-vis des autres, les attributs de tout partage. Les attributaires sont garants des troubles et des évictions qui adviennent à l'un d'entre eux, dans les conditions des articles 884 et suivants du Code Civil; et l'action en garantie peut, dans le cas de la donation-partage, être exercée avant le décès du disposant. Chacun bénéficie du privilège du copartageant, prévu par les articles 2103-3° et 2109 du Code Civil, pour la sûreté de sa créance de garantie et de sa créance de soulte; le privilège porte sur les immeubles mêmes qui ont été attribués au cohéritier débiteur, c'est-à-dire sur les biens auxquels correspond la soulte, permettant au créancier de se payer en quelques mains qu'ils se trouvent. Le descendant lésé de plus du quart peut faire prononcer la rescision du partage, conformément aux articles 1078 et 891 du Code Civil.

236. — *b*) Les attributs du partage ne sauraient se rencontrer dans les relations qui unissent les bénéficiaires de libéralités ordinaires, et particulièrement, d'avancements d'hoirie, malgré l'équivalence de l'efficacité de ces allotissements et de ceux opérés par le partage d'ascendant[1].

Cela est évident du vivant du donateur, ses différentes libéralités étant isolées les unes des autres et aucune ne réagissant encore sur les droits des cohéritiers de son attributaire.

Peut-être la situation change-t-elle après le décès, lorsque les avancements d'hoirie s'intègrent au partage global? Il importe d'éviter une confusion tentante. Certes la rescision pour lésion peut intervenir contre un partage comprenant un rapport, elle joue en cas d'erreur dans l'évaluation de la somme rapportable[2]; mais son seul résultat est une réévaluation du bien donné, et l'attribution en nature de celui-ci reste inchangée. Certes le privilège du copartageant garantit le payement du rapport; mais il ne porte pas sur le bien qui a fait l'objet de l'avancement d'hoirie et dont le rapport représente une manière de prix; il porte seulement sur les autres biens du lot de l'héritier gratifié. Cela le

---

236[1]. Lambert, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, 1895, n° 852 et 854; Wahl, note au S. 1913.1.41.

236[2]. Civ. 2 fév. 1955, *Seguin*, Bull. Cass. Civ. 1955.1.50.

rend d'ailleurs inefficace dans le seul cas où il pourrait être utile: lorsque, le montant du rapport étant supérieur aux droits héréditaires de son débiteur, le règlement ne peut pas s'effectuer par imputation et doit s'opérer par un retour en argent; en effet, rien n'étant plus attribué par le partage à l'enfant gratifié, le privilège n'a plus d'assiette[3].

Il ne faut pas se laisser abuser par la technique habituelle d'exécution du rapport en moins prenant par imputation. Le partage semble attribuer à chaque héritier, comme un élément de son lot, ce qu'il a reçu en avancement d'hoirie; dès lors la garantie, le privilège, la rescision pour lésion, devraient porter sur ce bien, comme sur les autres qui sont compris dans le lot. En réalité, l'objet de l'avancement d'hoirie a été définitivement attribué par la libéralité et l'imputation est purement comptable; il ne figure pas dans le partage global. L'examen attentif de la formule classique du notariat: « *il lui est attribué: son rapport* », dissipe la confusion. C'est le rapport qui figure dans le partage, et non le bien; et c'est lui qui fait l'objet des attributs du partage dans la répartition finale. La situation est fort différente de celle du partage d'ascendant, partage indépendant de la répartition générale de la succession, dans lequel les actions atteignent les biens attribués par anticipation et eux seuls[4].

237. — L'absence de rescision pour lésion dans la répartition anticipée de la succession opérée par des avancements d'hoirie inégaux doit être mise à part dans l'opposition entre avancement d'hoirie et partage d'ascendant. Car elle est en pratique sans importance. En effet le rapport a pour rôle de rétablir l'égalité entre les attributions inégales advenues aux héritiers, tout comme l'action en rescision du partage d'ascendant[1]; et les deux techniques interviennent au même moment, celui de l'ouverture de la succession. Le rapport est même plus parfaitement exact que la réparation de la lésion, puisqu'il joue toujours, alors que la lésion n'est sanctionnée dans le partage d'ascendant qu'au delà du seuil d'un quart[2].

238. — On a suggéré que l'opposition du partage d'ascendant et de l'avancement d'hoirie quant au privilège peut être éliminée[1]. Le privilège qui garantit le payement du rapport devrait logiquement,

---

236[3]. Il reste aux cohéritiers créanciers du rapport la ressource de la saisie immobilière ordinaire, si l'immeuble appartient encore au gratifié. Cf. Pinson, art. cit. 234[4]. Mais la saisie sans privilège n'est guère utile. Et elle est impraticable si l'immeuble a été aliéné; sauf si les créanciers réclament en même temps que le rapport une réduction en valeur, laquelle est garantie par le privilège sur l'immeuble donné, assorti du droit de suite; *v. supra* n° 201.

236[4]. P. ex. la lésion dans le partage d'ascendant se calcule sur les seules attributions qui y sont faites, même si le déséquilibre qui se révèle entre elles est balancé par un déséquilibre inverse dans le partage final de la succession.

237[1]. Pellfgrin, th. cit. 214[1], n° 109 et 234.

237[2]. Meurisse, *Une institution à supprimer: le partage d'ascendant*, S. 1963, Chr. p. 15.

238[1]. Pellegrin, th. cit. 214[1], p. 152.

dit-on, porter sur les immeubles dont le transfert par la libéralité soumise à restitution est à l'origine des soultes de partage inhérentes à l'excès de l'avancement d'hoirie sur la part héréditaire de l'héritier gratifié. « Ces récompenses sont en quelque sorte le prix de l'abandon que leurs créanciers consentent sur le bien donné, dont l'attribution est maintenue et qui échappe à une nouvelle répartition », écrit M. PELLEGRIN.

Depuis que la loi du 19 décembre a complété l'article 2103-3° du Code Civil, on peut en outre arguer de l'exemple des récompenses dûes à la suite de la réduction en valeur des libéralités, qui sont désormais garanties par le privilège du copartageant sur les immeubles donnés ou légués.

La tentation est vaine. Il est de principe qu'il n'y a pas de privilège sans texte. Or le Code ne prévoit pas que le privilège du créancier de rapport soit assis sur d'autres biens que ceux qui, étant compris dans la succession, sont attribués au débiteur par le partage; ce qui entraîne l'inefficacité de la sûreté. Au contraire l'introduction en 1961 d'une phrase spéciale, pour faire porter le privilège du créancier d'une soulte de réduction sur les immeubles donnés, montre bien la nécessité d'un texte exprès.

De plus, aucune analogie n'est possible entre la dette de rapport et la dette d'indemnité de réduction. La première constitue une obligation personnelle, la seconde une obligation réelle: « c'est la chose donnée qui répond d'une réduction éventuelle, et elle en répond seule, à l'exclusion des autres biens du donataire »[2].

L'existence d'un privilège sur l'immeuble donné ou légué, pour garantir la récompense dûe en vertu de l'article 866, réduit dans une certaine mesure le désavantage des cohéritiers de l'enfant alloti par un avancement d'hoirie sur ceux du descendant alloti par un partage d'ascendant. En effet, lorsqu'au rapport se substitue la réduction de l'avancement d'hoirie, les cohéritiers sont assurés de recouvrer leur créance. La sûreté couvre presque tout ce que le gratifié doit à ses cohéritiers dans le système de l'imputation sur la réserve globale; seule reste soumise au rapport, non garanti, la partie de l'avancement d'hoirie qui excède l'ensemble de la réserve. Dans le système de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible, la réduction ne jouant que pour ce qui dans l'avancement d'hoirie excède la réserve du gratifié et le disponible cumulés, la garantie est moins étendue. En tous cas, elle n'est jamais aussi complète que dans le partage d'ascendant.

239. — *c*) Des substituts ont été proposés aux attributs du partage que ne présentent pas les libéralités ordinaires; mais ils ne sont pas aussi efficaces.

238[2]. VOIRIN, obs. au J.C.P. 1962.2.12491, point II-B.

Quant à la garantie des troubles et de l'éviction, le *de cujus* peut mettre cette obligation à la charge de ses donataires ou légataires[1]; inversement, il peut insérer la stipulation de non garantie dans le partage d'ascendant. Cependant la stipulation de garantie ne saurait affecter les héritiers qui ne bénéficient d'aucune gratification; elle est donc limitée au cas du groupe d'avancements d'hoirie, et exclue en cas d'avancement d'hoirie unique.

Quant au privilège, la volonté de l'homme est impuissante à le créer; il ne naît que de la loi. Certes le donateur peut créer une hypothèque à la sûreté de l'obligation de garantie qu'il impose et des récompenses qu'il prescrit[2]; et les légataires bénéficient contre leurs cohéritiers de l'hypothèque de l'article 1017 du Code Civil[3]. Mais une hypothèque est moins efficace qu'un privilège; et, sauf pour l'hypothèque légale des légataires, il faut que le disposant manifeste expressément sa volonté, ce qu'il ne fera pas, excepté s'il est animé de l'intention consciente de répartir ses biens, auquel cas il monumentera un partage d'ascendant.

La divergence des deux institutions se marque aussi dans le domaine de la stabilité des opérations.

§ 2. — Stabilité des opérations.

240. — Avancement d'hoirie et partage d'ascendant divergent quant à la stabilité de leurs résultats, non pas tant que l'allotissement opéré par l'un soit plus facilement remis en cause, que parce que les deux institutions réagissent différemment sur la solidité du règlement de la succession dans lequel elles interviennent, et que l'aménagement de la première est intangible.

241. — La stabilité de l'allotissement réalisé par les deux types d'opérations est à peu près équivalente. Car, si le partage d'ascendant est dispensé du rapport, l'avancement d'hoirie ne subit de restitution que comptable; et la menace de réduction en nature de la libéralité ordinaire est devenue assez faible.

Il convient cependant de relever la divergence entre les conséquences de la renonciation de l'héritier gratifié[1]. Le testament-partage risque moins de se heurter au refus d'un de ses destinataires que le legs en

---

239[1]. Lambert, *op. cit.* 236[1], n° 852; Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 149 et 173.

239[2]. Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 150-151.

239[3]. Lambert, *op. cit.* 236[1], n° 852; Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 173.

241[1]. C'est la seule différence. M. Pellegrin (th. cit. 214[1], n° 172) a cru discerner une opposition tenant à la révocation pour survenance d'enfant. Celle-ci ne s'applique pas au testament (art. 1046 C.civ.); par contre il découlerait de l'article 1077 du Code Civil que dans les mêmes circonstances le testament-partage peut être mis à néant pour omission d'enfant.

Il s'agit d'une méprise, car la survenance d'enfant, qui est celle d'un premier enfant, n'est nullement comparable à l'omission d'enfant dans le testament-partage, qui suppose une pluralité d'enfants.

avancement d'hoirie. Car l'héritier présomptif ne peut pas répudier son lot dans le testament-partage sans renoncer du même coup à la succession, parce que le partage d'ascendant testamentaire met en œuvre la vocation légale des copartagés seule[2]. Au contraire, il peut refuser son legs en avancement d'hoirie, tout en conservant ses droits dans la succession, ruinant ainsi la répartition organisée par le de *cujus*. Il convient toutefois de réserver le cas où il ne reste plus de biens libres dans la succession; alors l'héritier réticent ne trouve plus dans la masse, pour le nantir de ses droits héréditaires, que le bien qu'il a dédaigné. L'attribution voulue par le disposant subsiste en fait, et dans cette hypothèse le gratifié doit logiquement s'abstenir de refuser le legs. Mais le cas est peu fréquent[3].

242. — D'autre part, l'ensemble du règlement de succession, dans lequel le disposant met en œuvre l'avancement d'hoirie, s'avère moins solide que celui dans lequel il fait appel au partage d'ascendant.

En effet dans certains cas la libéralité peut perdre sa qualité d'avancement d'hoirie, c'est-à-dire n'être plus sujette au rapport et persister hors partage, s'imputant sur la quotité disponible. Mettons à part le cas d'une transformation de la libéralité par le fait du disposant, qui monumente une dispense de rapport postérieure à la donation, ou qui exhérède le gratifié; dans ce cas les plans du *de cujus* ne sont pas déjoués, mais volontairement modifiés. Nous envisageons le cas de renonciation à succession par le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie[1]. Alors s'opère un bouleversement des prévisions du disposant[2]. Le rapport, qui devait établir l'égalité entre les enfants, disparaît, et la répartition des biens est déséquilibrée. En outre, le nouveau préciput s'impute sur la quotité

241[2]. Il est par conséquent impossible d'appliquer au testament-partage la jurisprudence, qui, assimilant la non acceptation à l'omission d'enfant, admet le rachat du partage d'ascendant dans le cadre de l'article 1077 du Code Civil.

241[3]. Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 184, s'appuie sur ce cas pour affirmer l'équivalence du testament-partage et du legs. Le raisonnement est valable dans l'optique où se place cet auteur, qui vise à démontrer que le testament-partage a perdu son autonomie et que les libéralités ordinaires peuvent produire des résultats identiques. Mais pour cela il envisage des libéralités ordinaires présentant des traits exceptionnels: des legs allotissant tous les enfants et distribuant tous les biens; il pourrait aussi mentionner l'avancement d'hoirie unique attribuant tous les biens de la succession à un enfant.

242[1]. Il existe d'autres cas dans lesquels le gratifié cesse d'être héritier.

En cas d'indignité: la donation-partage risque, comme l'avancement d'hoirie, la révocation pour ingratitude; si le donateur ne demande pas celle-ci, elle subsiste. Le testament-partage est caduc, à cause de la disparition du titre héréditaire légal du légataire copartagé, alors que le legs ordinaire subsiste, sauf succès de l'action en révocation pour ingratitude.

En cas de prédécès du gratifié sans enfants, le rapport disparaît aussi; mais, s'il y avait donation, le bien fait retour au donateur qui peut refaire son règlement, et s'il y avait legs, il peut modifier son testament; l'avancement d'hoirie et le testament-partage sont équivalents.

242[2]. Pinson, art. cit. 234[3].

disponible[3], au détriment des libéralités postérieures, qui encourent la réduction; les dispositions que le père de famille avait faites, escomptant l'acceptation de la succession, sont mises en échec.

Au contraire, en cas de répudiation de l'hérédité, la donation-partage subsiste avec ses soultes d'équilibrage; la modification se limite à l'imputation de la part du renonçant sur la quotité disponible. Quant au testament-partage, il se restreint aux copartagés acceptants; le légataire renonçant ne reçoit absolument rien, puisque dans le testament-partage la transmission ne repose que sur le titre légal que le successible rejette; cet effet dissuade généralement le gratifié de renoncer. Et la quotité disponible n'est pas affectée.

Le règlement successoral est donc moins menacé en cas de partage d'ascendant. Certes en cas d'avancement d'hoirie le disposant peut assurer l'exécution de son plan en obligeant le successible au rapport même en cas de renonciation; mais il faut qu'il introduise une stipulation expresse en ce sens dans la libéralité.

243. — Par ailleurs, l'avancement d'hoirie et le partage d'ascendant entre vifs s'opposent sur le plan de la stabilité de leur aménagement pendant la période qui sépare l'acte de la liquidation finale de la succession[1].

L'avancement d'hoirie présente davantage de rigidité. On sait que l'équilibre, que doit établir le rapport en moins prenant, est compromis par l'évolution divergente dans le temps des valeurs des biens qui sont pris en considération dans le règlement. Si le disposant n'a pas pris la précaution de fixer le rapport à l'estimation du bien donné à la date du partage, le déséquilibre est irréversible. Car il est impossible de le corriger avant son décès par des arrangements entre les successibles, car il s'agirait de pactes sur succession future prohibés et comme tels nuls[2].

Dans la donation-partage, les soultes qui équilibrent les attributions, et qui sont payables au terme du décès dans le cas le plus proche de l'avancement d'hoirie, posent également des problèmes de réévaluation. Ceux-ci peuvent être résolus par des conventions entre cohéritiers; il suffit que les parties se mettent d'accord. On objectera peut-être que là aussi il s'agit d'un pacte sur succession future prohibé, parce que si le partage d'ascendant renferme un pacte sur succession future autorisé, cette immunité ne concerne que l'opération monumentée par l'ascendant. Mais rien n'empêche l'ascendant d'intervenir au pacte de rééquilibrage; l'opération bénéficie alors de l'immunité, car les soultes étant des lots du partage d'ascendant, leur remaniement entre dans le cadre légal;

242[3]. Si celle-ci n'est pas épuisée par des libéralités antérieures; si elle l'est, le gratifié ne reçoit rien et sa renonciation ne préjudicie à nul autre qu'à lui, mais elle augmente la réserve des cohéritiers.

243[1]. Pinson, art. cit. 234[3].

243[2]. *Infra* n° 347-355.

en somme l'ascendant refait la donation-partage. Au contraire son intervention aux accords entre créanciers et débiteurs de rapport n'arrête pas le reproche de pacte prohibé, car, si l'on peut analyser l'opération entre le disposant et chacun des gratifiés en un remaniement de l'avancement d'hoirie, son approbation par les cohéritiers sort du cadre de l'avancement d'hoirie et du préciput, pactes bilatéraux, qui sont seuls sautorisés.

Le déséquilibre persiste donc en cas d'avancement d'hoirie. Il est vrai que rien n'oblige les parties à corriger le partage d'ascendant, et que cette institution est apte à créer des déséquilibres flagrants mais parfaitement légaux, qui font naître une divergence en sens inverse quant au respect des droits héréditaires des cohéritiers.

§ 3. — **Respect des droits héréditaires des cohéritiers.**

244. — Le partage d'ascendant se révèle propice à la création et au maintien d'inégalités dans la répartition entre héritiers, que l'avancement d'hoirie ne tolère pas.

Certes la libéralité rapportable entraîne, par le jeu du mode légal d'estimation du rapport, des déséquilibres importants entre héritiers. Mais ils n'ont pas d'existence légale, étant imputables aux fluctuations monétaires et économiques, dont le législateur a décidé qu'elles devaient être réputées ne pas exister. En matière de partage d'ascendant, ce type de déséquilibre se présente de la même façon: les soultes, qui correspondent à la valeur des biens au jour du partage, sont insignifiantes au jour de la liquidation globale de la succession, date à laquelle il est de règle d'apprécier les règlements héréditaires. Toutefois, il convient de relever que les inégalités du partage d'ascendant ne peuvent pas être partiellement réparées par le jeu de la réduction proportionnelle. En cas d'avancement d'hoirie, la réduction peut se joindre au rapport; le rapport ne réalise qu'une indemnisation nominale des cohéritiers, mais la réduction assure le respect exact des droits de ceux-ci, dans la mesure où leur réserve est en cause. En cas de partage d'ascendant, les soultes sont invariables et elles sont censées remplir les cohéritiers de l'enfant alloti en nature de leur réserve comme de leurs autres droits. Mais cette distinction n'a pas fréquemment l'occasion de se manifester. Toute différente est celle qui résulte de l'article 1078 du Code Civil.

245. — Le Code tolère une inégalité d'un quart de la part du descendant désavantagé dans le partage d'ascendant. En effet, il ne sanctionne la lésion que si elle dépasse ce seuil. Or le rapport de l'avancement d'hoirie, dont nous avons noté le parallélisme avec l'action en rescision pour lésion du partage d'ascendant, rétablit l'égalité rompue par l'avancement d'hoirie, quelque minime que puisse être l'inégalité qui apparaît entre les héritiers lors de la liquidation. La divergence est nette.

L'inégalité permise entre les parts du partage d'ascendant est particulièrement flagrante. Elle est calculée sur la valeur des biens répartis à la date où l'acte intervient; elle est connue dès cette date et

le disposant peut l'établir sciemment. Ensuite la dévaluation des soultes, qui ont pu être convenues dans la donation-partage, peut encore aggraver le déséquilibre légitime jusqu'au moment du règlement global de la succession. L'enfant lésé n'a aucune possibilité de réclamer, dès lors qu'il a reçu nominalement les trois quarts de sa part dans la masse répartie.

Un auteur a suggéré d'admettre la compensation de cette inégalité, qui se répercute sur l'équilibre des parts successorales des différents héritiers, en attribuant plus à l'enfant lésé dans le partage des biens restés libres[1]. Mais cette proposition se heurte à l'article 1076 du Code Civil, qui prévoit un partage autonome des effets non compris dans le partage d'ascendant. Et l'admettre reviendrait à imputer isolément les attributions faites par la donation-partage ou le testament-partage sur la part successorale de chacun des descendants, c'est-à-dire à traiter le partage d'ascendant comme une série d'avancements d'hoirie, alors qu'il est dispensé de rapport. M. PELLEGRIN objecte que, puisqu'en cas d'annulation pour lésion les lots du partage d'ascendant se transforment en autant d'avancements d'hoirie, il serait peu logique de refuser l'assimilation quand la répartition ne doit pas être refaite mais simplement complétée. Mais précisément toute la différence réside dans la transformation: dans un cas il n'y a plus partage d'ascendant, en vertu d'un texte spécial, dans l'autre il y a encore partage d'ascendant, et l'assimiler à un avancement d'hoirie pour démontrer que son régime est identique revient à tenir pour acquis ce que l'on veut prouver.

L'infériorité du lot de l'héritier lésé peut se répercuter sur les droits réservés de celui-ci. C'est ainsi qu'il obtient nécessairement moins que sa part, si par suite de l'épuisement de la quotité disponible, le partage d'ascendant n'a porté que sur la réserve, et qu'il n'existe plus de biens libres dans la succession dont la distribution peut permettre de compléter cette part.

Le descendant, dont la réserve est atteinte, ne dispose d'aucune action pour réclamer sa réserve. Il se heurte à l'article 1078 du Code Civil, qui répute correct le partage lésionnaire de moins d'un quart, et qui serait tourné par une telle action; et à l'article 1079 du Code Civil, qui, prévoyant une action spéciale dans un cas exceptionnel, démontre indirectement que normalement le partage d'ascendant lésionnaire de moins d'un quart est inattaquable, quelles que soient ses répercussions sur l'attribution de la réserve.

Nombre d'auteurs[2] estiment, sur le fondement de l'article 1079, qui sanctionne une atteinte à la réserve procédant de la lésion parce qu'il y a eu intention du disposant d'avantager un héritier plus qu'il n'est permis, qu'il faut admettre l'enfant lésé à agir en réduction dès

---

245[1]. PELLEGRIN, th. cit. 214[1], n° 239-240.
245[2]. PELLEGRIN, th. cit. 214[1], n° 236-238, et les auteurs qu'il cite à la note 238[2].

lors qu'il peut prouver que la lésion repose sur une volonté d'avantager de l'ascendant. Ce serait dans la ligne de l'évolution du sens de la rescision, qui depuis 1938 sanctionne moins une erreur, improbable alors que la lésion s'apprécie à la date de la libéralité, qu'une intention maligne. Cette intention pourrait même être présumée en fait. La lésion dans notre cas pourrait être analysée en une fraude à la loi qui fixe la réserve, et sanctionnée par la réduction. Mais, d'une part il n'existe aucune décision judiciaire en ce sens et il est douteux que les tribunaux osent prendre une telle liberté avec l'article 1078, et d'autre part il est de nombreux cas, surtout en matière de testament-partage, où la lésion ne dissimule pas un préciput secret. Le partage d'ascendant est donc moins sûr que l'avancement d'hoirie quant à l'égalité des droits des descendants.

246. — Il existe encore d'autres divergences sur ce plan, mais moins importantes.

La réduction spéciale prévue par l'article 1079 du Code Civil permet parfois de sanctionner une lésion inférieure à un quart. Il faut que celle-ci profite à un enfant qui se trouve gratifié en outre d'un préciput établi dans les limites de la quotité disponible, et que le cumul des avantages faits à ce copartagé empiète sur la réserve des cohéritiers. Or le texte autorise de la façon la plus générale l'exécution en valeur de cette réduction; alors que l'avancement d'hoirie, qui porte atteinte à la réserve, est soumis en principe à la réduction en nature. L'opposition est minime, objecte-t-on, car d'une part la réduction en nature tend à devenir exceptionnelle, et d'autre part la réduction en valeur de l'article 1079 se calcule selon le mode proportionnel[1] ce qui la rend assez équivalente à une réduction en nature[2]; cependant il n'y a pas identité. Par ailleurs, l'action en réduction spéciale n'est plus recevable après l'expiration d'un délai préfix de 2 ans à compter du décès de l'ascendant (art. 1080 C.civ.), alors que l'action ordinaire ne se prescrit que par le délai de 30 ans; la différence n'est pas négligeable[3].

La lésion d'outre-quart dans le partage d'ascendant n'est pas nécessairement sanctionnée par la nullité, grâce à la faculté reconnue à l'héritier avantagé d'offrir un supplément de part à son cohéritier (art. 1078 al. 3 C.civ.). Le partage d'ascendant est colmaté et reste valable; on peut donc le comparer à l'avancement d'hoirie.

Longtemps la comparaison fut à l'avantage de l'avancement d'hoirie, qui assurait mieux le respect des droits héréditaires des enfants. Car le montant du supplément de part était calculé d'après la valeur des lots à la date du partage lésionnaire; le rééquilibrage était purement nominal. Quant à l'égalité des parts héréditaires, la situation était la

---

246[1]. Civ. 26 janv. 1965, *Rouire*, D.S. 1965.J.407, note Ancel.
246[2]. Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 214.
246[3]. Chambéry 3 déc. 1951, *Laissus*, J.C.P. 1952.2.6881, obs. Voirin.

même que celle qui résulte du rapport légal; mais quant aux droits réservés de l'enfant lésé, ils étaient moins bien respectés que par la réduction proportionnelle de l'avancement d'hoirie excessif.

Mais depuis un arrêt de son assemblée plénière civile du 9 mars 1961, la Cour de Cassation décide que le complément versé à la partie lésée dans un partage doit être calculé d'après la valeur des biens partagés à la date à laquelle il est offert[4], et elle étend cette solution au partage d'ascendant[5]. Certains auteurs considèrent avec beaucoup de logique que désormais les résultats du partage d'ascendant et de l'avancement d'hoirie sont identiques; en effet la réévaluation du complément de part du partage d'ascendant se fonderait sur le souci de la jurisprudence d'assurer l'équivalence entre les deux sanctions de la lésion, c'est-à-dire entre la série d'avancements d'hoirie en laquelle se convertit le partage d'ascendant rescindé et la fourniture du complément; donc la réévaluation n'interviendrait que lorsqu'elle affecterait aussi la somme due par le gratifié en avancement d'hoirie à ses cohéritiers, c'est-à-dire lorsque la libéralité est réductible proportionnellement; mais le complément continuerait à être calculé selon la valeur des biens au jour du partage lorsque seul le rapport, qui est nominal, jouerait si le partage d'ascendant se tranformait en avancements d'hoirie[6]. Il ne semble pas que cette position soit celle de la jurisprudence. Les arrêts se bornent à transposer la formule utilisée à propos du partage ordinaire, sans distinguer selon le résultat de la rescision. Et ils n'ont pas de raison d'opérer une distinction, car ils se fondent sur le principe de l'égalité des copartageants, qui s'apprécie lors de la liquidation définitive, et sur l'équilibre des compléments en nature et en espèces, c'est-à-dire sur un argument d'équité et sur une pétition de principe[7]; il n'est pas question de parallélisme avec la rescision, et l'équité exige la réévaluation du complément quelle que soit son imputation.

Donc l'égalité des parts héréditaires est désormais plus parfaite avec le partage d'ascendant colmaté qu'avec l'avancement d'hoirie; quant aux droits réservés, ils sont assurés aussi bien dans les deux cas, à ceci près que l'avancement d'hoirie permet parfois la fourniture de la réserve en nature. Il convient de ne pas se faire d'illusions sur la valeur pratique de l'avantage du partage d'ascendant: plutôt que de subir les méfaits de la réévaluation complète du complément, les cohéritiers de

---

246[4]. Ass. pl. civ. 9 mars 1961, *Coste-Ramain*, J.C.P. 1961.2.12091, obs. VOIRIN, D. 1961.J.505, note du Conseiller rapporteur ANCEL, R.G.N. 1961 art. 28029 et 28048, note MORIN.

246[5]. Civ. 10 mai 1961, *Schwindenhammer*, J.C.P. 1961.2.12210, R.G.N. 1961 art. 28131, et obs. SAVATIER R.T.C. 1962.375; Civ. 31 janv. 1962, *Rouzies*, Bull. Cass. Civ. 1962.1.65; Civ. 12 mars 1963, *Balasse*, S. 1963.J.288.

246[6]. PELLEGRIN, th. cit. 214[1], n° 224 et 230, avant le revirement de jurisprudence, qu'il souhaitait; CATALA, *La jurisprudence, gardienne de l'égalité successorale*, D. 1962, Chr. pp. 106-108.

246[7]. VOIRIN, obs. sous l'arrêt *Coste-Ramain* précité 246[4]

l'enfant lésé préféreront accepter l'annulation de l'opération et sa transformation en avancements d'hoirie[8]. Il n'en reste pas moins qu'en théorie le partage d'ascendant lésionnaire réparé et l'avancement d'hoirie divergent dans leurs résultats.

Par contre, lorsque le partage d'ascendant est vicié par l'omission d'un enfant, les résultats de la reconstitution de la part de l'enfant omis au moyen des biens libres de la succession et les résultats du rapport de l'avancement d'hoirie sont identiques. Le calcul de ce que le prétérit peut prélever en vertu de l'article 1077 du Code Civil se fait en effet selon la valeur au jour de la donation des biens attribués à ses cohéritiers, et il est rempli en biens existants estimés au jour du partage, comme s'il bénéficiait d'un rapport en moins prenant. Il ne saurait être question de réévaluation, car il ne s'agit pas d'introduire le descendant omis dans le partage, mais de lui fournir ses droits successifs[9]. A défaut de biens libres suffisants, le partage d'ascendant est nul et se convertit en avancements d'hoirie.

Au total, les divergences quant au respect des droits héréditaires ne sont pas négligeables entre les deux institutions concurrentes. Le choix de la qualification est loin d'être indifférent. Il n'est d'ailleurs pas toujours ouvert, et c'est là un autre point d'opposition du partage d'ascendant et de l'avancement d'hoirie.

§ 4. — Existence d'hypothèses dans lesquelles un seul des procédés est praticable.

247. — Certaines des personnes qu'anime le souci de réaliser l'allotissement de leurs successibles ne bénéficient pas du choix entre le partage d'ascendant et l'avancement d'hoirie. Seul l'un des procédés leur est accessible. Car le partage d'ascendant présente un champ d'application à la fois plus restreint et plus large que la libéralité ordinaire, et qui se distingue de celui de l'avancement d'hoirie à trois points de vue.

248. — Le partage d'ascendant ne peut intervenir qu'au profit de successibles qui sont les descendants du disposant (art. 1075 C.civ.). L'allotissement opéré au profit de successibles parents en ligne collatérale ne saurait constituer qu'une série de libéralités ordinaires[1]. La qualification de partage d'ascendant, que lui confère le donateur ou

---

246[8]. Note anonyme au R.G.N. sous l'arrêt *Schwindenhammer* de 1961, précité 246[5]; et, à titre d'application pratique, dans la même affaire: Civ. 3 nov. 1964, *Schwindenhammer*, J.C.P. 1965.2.14156, obs. P. LAGARDE.

246[9]. PELLEGRIN, th. cit. 214[1], n° 228-229.

248[1]. Un ancien arrêt de la Cour de Caen, du 2 déc. 1847, *Hamon*, s'est singularisé en affirmant catégoriquement le contraire. Mais il traite les «*lots*» comme des préciputs isolés! (S. 1849.2.198).

testateur, ne change rien à la nature de l'opération. Et toutes les stipulations dont il peut assortir sa répartition, pour en rapprocher le régime, autant qu'il se peut, de celui du partage d'ascendant, ne constituent que des charges ou conditions de libéralités indépendantes, ou encore des dispositions surabondantes reprenant les prescriptions légales sur le rapport ou la réduction.

Le partage d'ascendant reste en effet une faveur, fondée sur la présomption d'une affection particulièrement éclairée et égale des parents envers les enfants.

249. — En ce qui concerne le disposant, le champ d'application du partage d'ascendant se trouve également restreint dans une certaine mesure quant à la liberté des gens mariés d'attribuer les biens de leur communauté conjugale.

Pendant l'existence de la communauté, l'ascendant trouve davantage de facilités dans les dispositions ordinaires que dans le partage d'ascendant.

La donation-partage et la donation en avancement d'hoirie sont aussi efficaces l'une que l'autre. Il s'agit dans les deux cas d'actes de disposition à titre gratuit, permis à un époux par l'article 1422 du Code Civil, pourvu qu'il obtienne le consentement de son conjoint.

Par contre le testament-partage est inapte à attribuer les biens communs[1]. Il ne réalise aucune disposition de biens, il se borne à opérer un partage; or le partage de communauté exige le concours du conjoint coïndivisaire; et ce concours est impossible car les testaments conjonctifs sont nuls (art. 968 C.civ.) et la jurisprudence n'admet pas l'artifice de deux testaments-partages parallèles faits en contemplation l'un de l'autre. Notons cependant que l'adjonction d'une clause pénale peut, en fait, protéger efficacement le testament-partage de l'annulation; la clause est valable, car elle ne porte atteinte qu'à des intérêts privés[2]. Le legs ordinaire, lui, qui est un acte de disposition faisant sortir le bien de la communauté avant d'en opérer l'attribution, est autorisé. L'article 1423 autorise le mari à léguer un bien de communauté; le légataire obtient le bien en nature, si le partage le met dans le lot des héritiers du mari; sinon, en droit strict, il se contente d'une exécution par équivalent. Quant à la femme, son legs est valable, en vertu d'une jurisprudence bien établie qui considère le legs d'un bien indivis entre le testateur et un tiers comme ne portant pas sur la chose d'autrui, à cause du droit éventuel de l'indivisaire sur la chose[3]; mais son efficacité est en principe subordonnée

---

249[1]. Civ. 13 nov. 1849, *Dodé*, D. 1849.1.311, S. 1849.1.753; Civ. 23 déc. 1861, *Chapuis*, D. 1862.1.31, S. 1862.1.29; Civ. 25 fév. 1925, *Legros*, D. 1925.1.185, note Savatier, S. 1925.1.68; Civ. 28 janv. 1953, *Douet*, J.C.P.N. 1954.2.8129, obs. Voirin. Lambert, *op. cit.* 236[1], n° 870-871.

249[2]. Civ. 25 fév. 1925, *Legros*, précité 249[1].

249[3]. Civ. 6 juin 1883, *Pierre*, S. 1884.1.129, D. 1884.1.33, et les arrêts cités *infra* 249[9].

à la mise du bien dans le lot de la femme dans le partage de la communauté. En fait, qu'il s'agisse du mari ou de la femme, la pratique admet largement l'exécution en nature du legs; elle tend à l'interpréter comme une charge imposée aux successeurs universels, si ceux-ci sont le conjoint survivant ou des personnes qui sont aussi héritières de celui-ci[4].

Cependant on peut se demander si l'autorisation du legs des biens de communauté vaut pour l'avancement d'hoirie; car l'avancement d'hoirie, comme le testament-partage, est essentiellement répartitif. Mais l'obstacle ne semble pas devoir être retenu par la jurisprudence; l'article 1423 est trop général et le caractère répartitif du legs en avancement d'hoirie n'est pas suffisamment évident.

Après la dissolution de la communauté, l'ascendant survivant semble retrouver un certain avantage dans le partage d'ascendant. Il peut comprendre dans la donation-partage de ses biens la part de son conjoint prédécédé dans la communauté, et même les biens personnels de celui-ci[5]. Dans une donation ordinaire, il n'en saurait être question: elle ne saurait avoir pour objet la chose d'autrui, en l'occurrence la chose du donataire et de ses cohéritiers. Toutefois on peut se demander quelle est l'importance de la faveur accordée au partage anticipé. Car l'autorisation de répartir les biens des enfants s'analyse en un simple mandat donné par ceux-ci à l'ascendant[6]. On pourrait accoler une convention de cette sorte à la donation en avancement d'hoirie...

Par contre, le legs semble prendre l'avantage sur le testament-partage. L'un et l'autre se heurtent à l'article 1021 du Code Civil, qui édicte la nullité du legs de la chose d'autrui[7]. En ce qui concerne le testament-partage, l'application de ce texte ne paraît guère pertinente: le partage testamentaire n'est pas une disposition de biens, mais une simple répartition[8]. Mais l'opération bute sur l'impossibilité pour l'ascendant de partager seul des biens qui ne sont pas sa propriété. Le legs, lui, bénéficie dans le cas de l'attribution des biens dépendant de la communauté ayant existé entre le testateur et son conjoint prédécédé, d'une part de la jurisprudence qui admet la validité du legs de biens indivis, et d'autre part de la tendance des arrêts à interpréter systématiquement le legs du bien indivis entre le testateur et son héritier comme une charge valablement imposée à ce successeur universel de transmettre la chose au légataire[9]. L'article 1021 n'est efficace que contre le legs des biens propres du conjoint prédécédé: le testateur n'a aucun droit sur eux; toutefois

---

249[4]. Paris 13 déc. 1965, *Neveu*, D.S. 1966.J.275 et la note MALAURIE; Aix 10 juin 1964, *Z...*, D.S. 1965.J.119 note VOIRIN.

249[5]. Civ. 20 juin 1955, *Chausse*, D. 1955.J.737, J.C.P. 1955.2.8781, obs. BLIN.

249[6]. PELLEGRIN, th. cit. 214[1], n° 193.

249[7]. Civ. 25 fév. 1925, *Legros*, précité 249[1], pour le testament-partage.

249[8]. BEUDANT-VOIRIN, t. VII, n° 441, p. 237 note 2.

249[9]. Req. 26 juill. 1897, *Agnel*, D. 1898.1.300; Civ. 6 mai 1913, *Pisson-Abadie*, D. 1914.1.277, S. 1920.1.361, note WAHL; Poitiers 5 mai 1954, *De Grandcourt*, G.P. 1954.2.159, J.C.P. 1955.2.8742 obs. VOIRIN, et sur pourvoi: Civ. 20 fév. 1957, G.P. 1957.1.423.

le disposant peut empêcher la nullité de jouer, en assortissant le legs d'une clause pénale, qui est reconnue valable[10]. La même clause pénale peut, il est vrai, maintenir le testament-partage portant sur les biens de l'époux prémourant. Si en droit le legs est préférable, l'ascendant peut en fait recourir aussi bien au partage d'ascendant.

250. — L'un des éléments qui peut déterminer les deux époux ou l'ascendant survivant à opter pour la technique d'allotissement du partage d'ascendant, plutôt que pour celle de l'avancement d'hoirie est le traitement de faveur dont bénéficie la donation-partage qui dispose globalement des biens des conjoints.

Pendant longtemps, lorsque les époux voulaient stipuler des descendants allotis un usufruit ou une rente viagère réversibles au profit du survivant, ils devaient obligatoirement recourir à la donation-partage, qui était le seul acte bénéficiant d'une dérogation à l'interdiction des libéralités mutuelles et réciproques entre époux par un seul et même acte. La loi du 6 novembre 1963, abrogeant l'article 1097 du Code Civil, a fait disparaître la raison d'être de cette dérogation, si bien que désormais toutes les donations conjonctives sont à égalité.

Mais la donation-partage conjonctive conserve l'avantage appréciable qui résulte du rejet au décès de l'époux survivant des actions d'ordre successoral intentées contre le partage d'ascendant[1]. Les donateurs sont assurés que de leur vivant les enfants ne s'affronteront pas dans des procès visant la destruction de l'acte, réductible, rescindable, ou annulable pour omission, et qu'au décès du survivant les deux opérations conjointes s'épauleront pour résister à l'attaque, les défauts n'étant appréciés que sur l'ensemble. Pourtant les enfants ont des droits intangibles, plus particulièrement quant à la réserve, qu'ils doivent trouver dans chacune des successions de leurs ascendants, et ce dès l'ouverture de celles-ci. Mais déjà avant 1938, la Cour de Cassation refusait le droit d'exercer ces actions avant le dernier décès, et imposait l'appréciation globale des deux partages. Aujourd'hui l'article 1080 du Code Civil entérine le rejet des actions au dernier décès[2], et il n'est pas contesté que les vices s'apprécient sur l'ensemble des deux successions. La raison n'en est peut-être plus une indivisibilité propre au partage d'ascendant conjonctif, qui l'isolerait des libéralités ordinaires; il n'en demeure pas moins que l'opposition de régime est nette et favorise le recours au partage d'ascendant pour opérer des allotissements conjonctifs particulièrement stables.

249[10]. Civ. 25 fév. 1925, *Legros*, précité 249[1].

250[1]. Leauté, *Les partages conjonctifs d'ascendants depuis* 1938, J.C.P. 1951.1.924; Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 201-203.

250[2]. Bien que l'art. 1080 ne vise pas l'action en nullité pour omission d'enfant, le rejet s'applique à celle-ci de la même façon qu'aux actions expressément mentionnées par cet article: Civ. 1er juin 1965, *Machard*, D.S. 1965.J.682, note Voirin.

251. — Le partage d'ascendant se montre également plus accueillant en ce qui concerne la capacité qu'il requiert de ceux qui y participent. Car, si l'article 1075 du Code Civil renvoie aux règles des donations et testaments en cette matière, ce renvoi n'est efficace que pour la donation-partage. Le testament-partage ne constitue pas une véritable libéralité, mais un acte de répartition entre les descendants, qui sont saisis de leurs lots *ab intestat*. La dévolution est légale et non volontaire. Les règles relatives aux legs ne sauraient s'appliquer. C'est à la capacité de laisser et de recueillir une succession qu'on doit se référer[1]. Par conséquent, quant à la capacité active, le mineur de 16 à 21 ans, qui ne peut disposer par testament que de la moitié de ce que peut un majeur (art. 904 C.civ.), et le condamné à une peine afflictive perpétuelle, auquel il est totalement interdit de disposer par testament (art. 3 Loi du 31 mai 1854), sont libres de faire un testament-partage. Quant à la capacité passive, celle de recevoir à titre gratuit n'est pas requise: le condamné de la loi de 1854 peut donc bénéficier d'un testament-partage, alors que le legs ne peut pas lui profiter.

Peut-être cette opposition choque-t-elle le bon sens, qui voit dans le testament-partage une disposition aussi grave que dans le legs; sans doute vide-t-elle l'article 1075 de tout sens pour l'une des deux formes du partage d'ascendant. Mais le mécanisme est rigoureux et n'achoppe pas sur les considérations de cet ordre.

Par contre on peut objecter que l'opposition ne doit pas exister avec le legs en avancement d'hoirie. Car dans ce cas, comme dans le testament-partage, l'opération est essentiellement répartitive et la dévolution reste légale; l'avancement d'hoirie n'exige donc de ses protagonistes, dira-t-on, que la capacité de laisser et de recueillir une succession. Cela n'est pas parfaitement exact, car dans le legs en avancement d'hoirie, à la différence du testament-partage, l'appel volontaire subsiste sous-jacent[2]; la dévolution redevient volontaire lorsque les circonstances font perdre sa qualité d'héritier au gratifié, par exemple en cas de renonciation à succession; le legs redevient ordinaire, alors que dans les mêmes circonstances le testament-partage disparaît complètement. Il n'est donc pas illogique d'appliquer au legs en avancement d'hoirie les règles de la capacité testamentaire[3].

On peut donc considérer que les règles de capacité divergent pour le testament-partage et pour le legs en avancement d'hoirie. L'opposition

---

251[1]. Beudant-Voirin, t. VII, n° 443, p. 239; Lochelongue, *Le partage d'ascendant en droit français moderne*, thèse Poitiers 1937, éd. Paris 1937, pp. 46-51; *v.* aussi les références citées par Pellegrin, th. cit. 214[1], n° 180-182.

251[2]. *Supra* n° 89.

251[3]. Ce n'est d'ailleurs pas contesté. Il est vrai que nul n'a abordé le problème...

n'a qu'une résonance pratique minime, limitée aux cas du condamné de la loi de 1854 et du mineur de 16 à 21 ans, lesquels ont rarement le souci de partager leur faible patrimoine[4]; mais elle existe.

252. — En conclusion il apparaît qu'il ne saurait être question d'assimiler partage d'ascendant et avancement d'hoirie. Car le partage d'ascendant présente un régime bien spécial. Certes on peut sur de nombreux points s'interroger sur les raisons de cette originalité, ou inversement se demander pourquoi l'avancement d'hoirie, qui joue le même rôle d'allotissement, ne bénéficie pas du même régime. On peut aussi trouver les règles du partage d'ascendant trop compliquées pour le peu d'avantages qu'elles procurent[1], comparer les mérites des deux institutions. Tel n'était pas notre propos. Il s'agissait pour nous de démontrer qu'il existe deux institutions indépendantes, dont la qualification n'est pas indifférente.

Le plus souvent le disposant prend soin de ne pas laisser de doutes sur la nature de l'acte qu'il confectionne. Il ne faut pas perdre de vue que l'hésitation entre les deux analyses n'existe que dans des hypothèses marginales. Les actes qui s'affirment partages d'ascendants présentent en général les caractéristiques objectives traditionnelles de cette institution: aucune confusion n'est alors possible. Inversement il existe encore des avancements d'hoirie qui ne constituent pas des allotissements valables: ceux qui sont rapportables ou réductibles en nature.

Toutefois il est bien acquis que l'avancement d'hoirie, tel qu'il se présente en général aujourd'hui, constitue un allotissement anticipé aussi efficace que le partage d'ascendant. Si l'on passe du plan du droit positif à celui des souhaits de réformes législatives, l'avancement d'hoirie s'avère apte à prendre la place d'une institution dont certains souhaitent l'abrogation[2]. Le point de contact du partage d'ascendant et de l'avancement d'hoirie réside dans leur fonction commune d'instrument d'anticipation égalitaire sur la transmission et le partage de la succession, placé entre les mains du disposant.

L'importance reconnue à la volonté de celui-ci constitue l'un des éléments essentiels de la nature juridique de l'avancement d'hoirie; l'étude de l'avancement d'hoirie par ses sources nous en révélera la place exacte.

251[4]. On risque alors d'arriver à cette conséquence curieuse que le testament-partage nul pour vice dans son aspect de partage risque d'être converti en vertu de l'article 1078 al. 4 C.civ. en une série d'avancements d'hoirie nuls pour vice dans la capacité.

252[1]. MEURISSE, art. cit. 237[2].

252[2]. MEURISSE, *ibid.*; plus nuancé: PELLEGRIN, th. cit. 214[1], p. 323.

SECONDE PARTIE

L'AVANCEMENT D'HOIRIE, INSTITUTION ISSUE DE LA VOLONTÉ

Examen de l'avancement d'hoirie par ses sources.

253. — Il n'est que deux sources possibles pour une institution: la loi, qui crée alors un mécanisme légal, et la volonté humaine individuelle ou consensuelle. Il importe de savoir à laquelle doit être attribué l'avancement d'hoirie, institution qui, par le jeu du rapport en valeur, place entre les mains du disposant le pouvoir de décider par anticipation de la répartition de sa succession. Le disposant déclenche-t-il un mécanisme monté par la loi et qui reste sous la dépendance et l'autorité de celle-ci ? Ou bien son rôle est-il celui d'un créateur, maître et responsable de son œuvre ?

La réponse à cette question permettra de prendre l'exacte mesure, au point de vue théorique, de l'ampleur des bouleversements que nous avons notés dans les principes successoraux. Elle est l'un des éléments constitutifs de la nature juridique de l'avancement d'hoirie.

L'origine légale ou volontaire de l'institution revêt une grande importance pratique. Car, d'une part, elle commande le choix entre les différentes législations susceptibles de s'appliquer en cas de conflit de lois; et c'est à propos de ces conflits que la nature de l'avancement d'hoirie fait l'objet des recherches les plus révélatrices; nous nous y fierons pour déterminer la place de la volonté dans l'avancement d'hoirie. D'autre part, la volonté, à supposer que l'avancement d'hoirie soit son œuvre et non celle de la loi, dans le domaine des successions se trouve nécessairement confrontée avec la prohibition des pactes sur succession future, lorsqu'elle s'intègre dans un contrat. Quelle est la position de l'avancement d'hoirie par rapport à cette théorie ? L'étude de ces deux points permet d'avoir une vue complète de la qualification de l'avancement d'hoirie par ses sources.

TITRE I: *La prédominance de la volonté dans l'avancement d'hoirie.*

TITRE II: *L'avancement d'hoirie, pacte sur succession future.*

TITRE PREMIER

LA PRÉDOMINANCE DE LA VOLONTÉ DANS L'AVANCEMENT D'HOIRIE

254. — L'influence de la qualification de l'avancement d'hoirie en mécanisme volontaire ou en mécanisme légal s'étend à l'ensemble des problèmes que soulève l'institution. Mais l'option est rarement décisive dans la solution des problèmes de régime de l'opération, soit qu'il s'agisse de questions de réglementation auxquelles l'origine de l'institution est indifférente, soit que des influences extra-juridiques prédominent. Elle n'est déterminante qu'en matière de conflit des lois ayant vocation à s'appliquer; et c'est la solution de ces conflits qui constitue l'enjeu pratique du choix de la qualification et qui nous servira de révélateur.

L'avancement d'hoirie présente des apparences nettes, mais contradictoires. Tout d'abord une forte intégration du mécanisme dans les opérations successorales semble reléguer la volonté dans un rôle de déclenchement d'un statut légal. Mais l'origine volontaire, contractuelle dans la plupart des cas, est incoercible, et la jurisprudence lui donne avec raison la prédominance finale.

SECTION I: *Enjeu de l'option sur la qualification de l'avancement d'hoirie.*

SECTION II: *Eléments d'une qualification statutaire.*

SECTION III: *Prédominance du caractère contractuel.*

Section I

ENJEU DE L'OPTION SUR LA QUALIFICATION DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE

255. — La qualification contractuelle ou légale de l'avancement d'hoirie semble déterminer la solution de deux problèmes différents: d'une part, celui des conflits entre les diverses lois susceptibles de régir l'institution, d'autre part, celui de son organisation technique, qui pourrait traduire l'accent mis sur les rôles respectifs de la loi et de la volonté dans l'institution. En réalité seule la réponse à la première question nécessite une prise de parti sur la nature de l'avancement d'hoirie; la seconde n'est résolue que dans une mesure négligeable par l'option.

§ 1. — La solution des conflits de lois.

256. — La matière de l'avancement d'hoirie est très largement technique. Aussi ne faut-il pas s'étonner de la variété des réglementations qui la régissent dans le temps et dans l'espace. Il s'agit d'abord de déterminer dans quels cas la libéralité est réputée avancement d'hoirie, si la possibilité de faire des préciputs à successibles est ouverte, quelles sont les personnes astreintes au rapport...; ensuite, de fixer le mode d'exécution du rapport: en nature, et avec quels effets, ou en valeur; enfin, de choisir le système de calcul du montant du rapport en valeur.

Plusieurs lois ont vocation à s'appliquer à l'avancement d'hoirie, entre lesquelles, en raison de leurs différences majeures, le choix est indispensable lorsqu'elles se trouvent en conflit. On peut hésiter entre la loi sous l'empire de laquelle la libéralité a été consentie, la loi qui régit la dévolution successorale à laquelle s'intègre l'avancement d'hoirie, et enfin la loi du partage qui règle définitivement les conséquences du rapport. En ce qui concerne l'avancement d'hoirie testamentaire, la loi de la libéralité se confond avec celle de la succession, car le legs est une libéralité qui ne prend effet qu'à l'ouverture et qui n'a pas d'existence autonome hors de la dévolution successorale; il reste à opter entre la loi de la succession et la loi du partage; seul le choix de cette dernière peut indiquer un caractère légal de l'institution, car l'option en faveur de la loi successorale peut aussi bien signifier un caractère volontaire que légal. L'analyse ne peut s'exercer à plein que sur la donation, et les résultats acquis pour cette forme d'avancement d'hoirie s'appliqueront au legs. Si bien qu'on peut en général négliger le legs et s'attacher essentiellement à l'examen du régime de la donation.

Que le conflit surgisse dans le temps ou dans l'espace, sa solution est toujours aussi significative, car dans les deux cas elle traduit directement la qualification de l'avancement d'hoirie[1].

A. — Les conflits de lois dans le temps:

257. — Les modifications législatives qui ont affecté la matière du rapport ont été fréquentes. Le Code Civil transforma la législation de la Révolution, qui a elle-même renversé l'Ancien Droit. Puis la loi du 24 mars 1898 changea les cas et les modes de rapport des legs. Enfin et surtout la loi du 7 février et le décret-loi du 17 juin 1938 modifièrent les modes d'exécution et de calcul du rapport. Aujourd'hui une nouvelle réforme est en vue[1].

Le problème se pose, lorsque la libéralité intervient sous l'empire d'une loi, le décès sous celui d'une autre, et éventuellement le partage sous celui d'une troisième, de savoir laquelle appliquer. Car les lois nouvelles en cette matière ne sont presque jamais expressément rétroactives, ce qui éluderait le conflit; le cas des lois révolutionnaires, qui l'ont été pendant quelques années, est resté exceptionnel. D'autre part, de façon générale, elles ne contiennent pas de dispositions transitoires[2-3], de sorte que le problème reste entier.

Actuellement la question n'est plus au premier plan des discussions sur l'avancement d'hoirie. Car le propre des conflits dans le temps est de perdre de leur acuité, puis de se résorber, avec l'éloignement dans le

---

756[1]. Le terme *qualification* n'est employé qu'en droit international privé, mais l'opération ainsi désignée est semblable en droit transitoire et en droit international. Cf. Caleb, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, thèse Strasbourg 1927, p. 109, et Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, 1ere éd., 1929, t. I, pp. 622-623.

257[1]. *V.* la proposition de loi Jozeau-Marigné, adoptée par le Sénat le 24 juin 1965; J.O. Déb. Parl. Sénat pp. 836-842.

257[2]. La proposition de loi Jozeau-Marigné prévoit l'application de la législation nouvelle aux successions ouvertes postérieurement à l'expiration d'un délai de 6 mois à dater de sa publication (art. 10). Cependant, selon les travaux préparatoires, ce texte ne s'appliquerait qu'aux situations non réglées par une clause expresse de la libéralité; cf. déclaration de Me Molle, rapporteur, J.O. précité pp. 839-840. La disposition transitoire semble prêter à discussion...

257[3]. Peut-être existe-t-il une disposition transitoire relative au changement de législation intervenu le 1er janvier 1925 en Alsace-Lorraine. L'art. 136 de la loi du 1er juin 1924, introduisant la législation française, prévoit que l'action en réduction en nature ne peut être exercée contre les tiers ayant acquis antérieurement au 1er janvier 1925 des droits réels sur l'immeuble donné ou légué; cette disposition semble devoir être étendue au rapport en nature, par identité de motifs, le rapport en nature étant aussi inconnu que la réduction en nature en droit allemand. En ce sens Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 619.

Il est vrai que ce texte est rendu superflu en matière de rapport par la jurisprudence qui applique au rapport la loi en vigueur à la date de la donation; il n'y a pas de risques pour les tiers, car le rapport en nature n'existait pas à l'époque de confection de la libéralité.

passé du changement de législation. Mais le débat peut renaître à l'occasion d'une quelconque réforme de la réglementation du rapport. Le problème a été largement débattu après les modifications de 1938.

258. — Les conflits de lois dans le temps se résolvent par la qualification de la situation relativement à laquelle ils se présentent. Si la situation est légale, c'est-à-dire régie par la loi, la législation nouvelle s'applique immédiatement; si elle est contractuelle, c'est-à-dire abandonnée au pouvoir de la volonté, la loi ancienne survit pour régler la situation qui a pris naissance sous son empire.

Ce principe de solution est valable dans tous les systèmes qui ont été élaborés à propos des conflits, quelque variée qu'y soit son expression. Dans la théorie du respect par la loi nouvelle des droits acquis[1], qui commanda pendant longtemps la jurisprudence, les droits sont acquis aux individus parce qu'ils découlent d'un contrat (d'un contrat irrévocable, précisait-on au XIXe siècle). Dans la théorie formulée par M. le Doyen ROUBIER[2] et aujourd'hui admise, qui s'attache à la stabilité des faits accomplis et au respect du rôle de prévision et de choix déféré au contrat, le principe est clairement exprimé. Il en va de même dans la théorie présentée récemment par M. LEVEL[3], qui, après avoir distingué les situations qui se localisent directement sous l'empire de la loi ancienne, tels les faits accomplis, ou de la loi nouvelle, tel le règlement des successions, et les situations qui requièrent une qualification, oppose parmi ces dernières d'une part les situations nées des actes à durée limitée et à destinataires déterminés, que sont les contrats réglés par les volontés individuelles, et d'autre part les situations à opposabilité générale, pour lesquelles le contrat éventuel ne peut jouer qu'un rôle de déclenchement d'un statut.

Dans tous les systèmes il est bien précisé que sont « contractuelles » non pas toutes les situations qui sont nées à la suite d'un contrat, mais seulement celles dont le régime a été déterminé et prévu par la volonté des parties. Il est des contrats dont les conséquences sont régies par la loi et qui échappent à l'autonomie privée; les parties ne peuvent que déclencher l'application du statut légal et éventuellement l'approuver; alors l'effet immédiat de la loi nouvelle ne rencontre pas d'obstacle.

La qualification mise en œuvre pour la solution des conflits de lois ne constitue pas toujours une indication parfaitement probante de la nature de l'institution. Il en est ainsi lorsqu'elle peut être faite de façons différentes selon que l'on se place à un point de vue ou à un autre. Tel est le cas de la réserve héréditaire. Du point de vue des donataires,

---

258[1]. AUBRY et RAU, 4e éd., 1869, t. I, § 30, pp. 58-74.

258[2]. ROUBIER, *Le droit transitoire — Conflits de lois dans le temps*, 2e éd., 1960, partic. n° 75, 77-78, 82-84.

258[3]. LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, thèse Paris 1958, éd. Paris 1959, partic. n° 119-131.

la situation est contractuelle: ils ont prévu, lors de la donation, avoir droit à telle portion de la succession et courir tel risque de réduction. Mais du point de vue des héritiers réservataires, étrangers au contrat, la situation ne saurait être contractuelle; ils tiennent leurs droits de la loi qui fixe la réserve.

En cas de conflit, l'application de la loi en vigueur à l'époque du contrat est de principe. Mais les conflits véritables sont rares: le plus souvent seule une loi est valablement invoquée; généralement la loi nouvelle est plus favorable au donataire, qui se garde bien alors de faire appel à la loi ancienne, et, comme les réservataires ne peuvent invoquer celle-ci, c'est la loi nouvelle qui s'applique[4]. Mais si la loi nouvelle est défavorable au donataire, il y a conflit et la loi du contrat doit l'emporter, sauf à être éventuellement contrecarrée par les exigences de l'ordre public.

La possibilité d'appliquer les deux lois caractérise l'inexistence d'une véritable nature contractuelle de l'institution. Car, si la réserve était de statut contractuel, les réservataires aussi tiendraient leurs droits du contrat et seraient toujours soumis à la loi ancienne. La qualification et, partant, la solution du conflit qui la traduit, est probante quand elle est unique et qu'elle est la même du point de vue de tous les intéressés. Alors la qualification se confond avec la nature de l'institution[5].

259. — La recherche de la qualification présente un caractère nécessaire et suffisant pour résoudre les conflits relatifs à l'avancement d'hoirie.

Concurremment à la distinction fondamentale entre situations contractuelles et légales, il existe des analyses qui donnent parfois directement la solution du conflit. Elles sont inapplicables en matière de rapport.

On peut être tenté de recourir directement au principe de non rétroactivité de la loi. Ce principe, formulé par l'article 2 du Code Civil, s'oppose à la remise en question par la loi nouvelle des effets produits antérieurement à sa mise en vigueur, tant par la loi ancienne, que par les contrats. La qualification contractuelle ou légale de la situation est indifférente à son application. La loi nouvelle ne peut produire d'effets dans le passé. Or, si l'on considère le rapport en nature comme résolutoire, toute réglementation du mode de rapport applicable aux avancements d'hoirie antérieurs ne se trouve-t-elle pas produire des effets

---

258[4]. Cf. Civ. 24 mai 1949, *Turcan*, J.C.P. 1949.2.4920 obs. Cavarroc, D. 1949.J.495, S. 1950.1.32; Civ. 16 nov. 1953, *Arger*, J.C.P.N. 1954.2.8265; Roubier, *op. praecit.* 258[2], n° 76, pp. 374-376; Ripert et Boulanger, t. 1, 1956, n° 292; Voirin, obs. au J.C.P.N. 1944.2.2519.

258[5]. Un auteur, M. Rigaux, *La théorie des qualifications en droit international privé*, thèse d'agrégation Louvain, éd. Paris 1956, n° 237, tire argument de la distorsion possible entre solution du conflit et nature véritable de l'institution pour nier le rôle de la qualification dans les conflits transitoires en matière de rapport.

à l'époque de confection de la libéralité, à cause du caractère rétroactif de la résolution ? Si la loi nouvelle institue le rapport en nature dans un cas où il y avait précédemment préciput, les effets déjà produits par la libéralité se trouvent rétroactivement effacés, ou à tout le moins transformés de purs et simples en conditionnels. Si au contraire elle supprime le rapport en nature pour le remplacer par une dispense complète ou par un rapport en valeur, les effets passés de la libéralité, qui étaient soumis à une cause de résolution, deviennent rétroactivement purs et simples. Agir sur une cause de résolution, c'est toujours porter atteinte à des effets passés; c'est donc faire œuvre rétroactive, contrairement à la règle de l'article 2 du Code Civil. Par conséquent la loi nouvelle ne doit s'appliquer qu'aux libéralités qui lui sont postérieures[1].

Mais cette analyse limitée s'avère insuffisante, lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable aux règles du rapport autres que celles relatives à son mode d'exécution, particulièrement aux règles de calcul de la valeur rapportable. Ces modalités sont indifférentes au caractère résolutoire ou non du rapport; leur modification ne s'analyse pas en la création ou la suppression d'une cause de résolution[2]. Il faut alors recourir au procédé général de solution: déterminer si le rapport est l'effet d'un contrat ou l'élément d'une situation légale. Or, si la qualification est nécessaire à propos des conflits relatifs aux modalités du rapport, il est logique d'utiliser son résultat pour tous les conflits en matière de rapport, plutôt que de faire appel à deux explications: l'une spécifique à la solution des problèmes d'existence du rapport, l'autre à ceux de ses modalités[3].

259[1]. Le raisonnement est fait par M. le Doyen Roubier, *op. cit.* 256[1], 1ere éd., t. 2, n° 119 p. 452, et plus brièvement, *op. cit.* 258[2], 2e éd. n° 76 p. 373. Dans le même sens: Ripert et Boulanger, t. 1, 1956, n° 292.

En sens diamétralement opposé: H. Batiffol, note au S. 1943.2.49, 1er point *in init.*, pour qui le caractère résolutoire du rapport en nature entraîne l'application de la loi en vigueur lors de la résolution, car les faits extinctifs de droits sont régis par la loi de leur date. C'est oublier que la résolution fait exception!

259[2]. Sauf par l'effet d'une ingéniosité pleine d'artifice, consistant à dire que l'estimation à la date du décès ou du partage correspond à un caractère résolutoire du rapport en valeur, et l'estimation à la date de la donation à une suppression de ce caractère. Cela a été soutenu, mais c'est inexact; *v. infra* n° 374 et 379.

Cette position entre d'ailleurs en contradiction avec celle exposée à l'alinéa précédent du texte, qui voit dans l'instauration du rapport en moins prenant la suppression d'une cause de résolution de la libéralité, quel que soit le mode d'évaluation; à moins de nuancer la position de base, en décidant que l'introduction d'un rapport en valeur ne constitue pas la suppression d'une cause de résolution lorsqu'elle est assortie d'une fixation de la valeur rapportable à l'évaluation du bien au temps du décès, et d'appliquer dans ce cas la loi nouvelle, ce que les tenants du système critiqué n'admettent pas.

259[3]. Ainsi que le fait ouvertement M. Donnier, *Quelques incidences de la législation de* 1938 *sur le rapport des libéralités*, thèse Montpellier 1952, pp. 140-142; et plus discrètement M. Roubier, *op. cit.* 258[2], 2e éd., n° 76 p. 373, et *L'application dans le temps du décret-loi du* 17 *juin* 1938, *modifiant le régime des libéralités et du partage*, J.C.P. 1943.1.326, n° 2-4, où il évite de faire appel à la théorie de la résolution.

La recherche de la qualification pourrait aussi être évitée si l'on pouvait affirmer que les règles relatives au rapport n'intéressent que le mode d'exercice d'un droit, le droit au rapport, et non le fond de ce droit. En effet le mode d'exercice d'un droit relève directement de la loi nouvelle[4].

Mais l'appel à ce raisonnement suppose que l'existence du droit au rapport est préalablement acquise; or ce n'est pas toujours le cas; il faut alors recourir à un autre principe de solution du conflit, qui règlera globalement les questions d'existence et de modalités du rapport. Quant aux conflits qui ne concernent que les modalités du rapport, leur solution influe sur l'étendue des droits des intéressés, le rapport en nature n'étant pas équivalent au rapport en valeur, et les rapports en valeur étant plus ou moins efficaces selon le système de calcul retenu; il ne s'agit donc pas de procédure, mais du fond du droit[5].

A propos des modalités du rapport, qui ne sont pas toujours parfaitement claires, on peut encore être tenté de voir dans la règle nouvelle une loi interprétative de la législation antérieure. Or les lois d'interprétation législative ont force rétroactive; elles s'appliquent aux situations relevant normalement de la loi ancienne. Il est des juges qui ont retenu cette solution en ce qui concerne l'application de la fixation de la date d'appréciation du montant du rapport en valeur par le décret-loi du 17 juin 1938[6], en arguant que la règle ancienne ne résultait pas directement d'un texte, mais de la jurisprudence, et que celle-ci hésitait entre la date de l'ouverture de la succession et celle du partage.

On objecte avec raison que certaines jurisprudences appellent, plutôt qu'une interprétation, un véritable renversement. Et que le décret-loi de 1938 opère une ample réforme de la matière des rapports, dont le but, opposé à celui qui animait le Code Civil originaire, est de stabiliser la propriété de l'héritier gratifié et de figer le montant de son obligation de restitution dès l'instant de la libéralité. La seule interprétation qu'on puisse trouver à la rigueur dans le décret-loi du 17 juin 1938, note M. Roubier, porterait sur la loi du 7 février 1938, dont on ne savait trop si elle s'appliquait au seul cas du rapport après aliénation de l'immeuble donné ou à tous les cas de rapport en valeur[7]; la rétroactivité du décret-loi serait alors limitée aux libéralités intervenues entre les deux textes.

260. — Si le recours à la qualification s'avère nécessaire pour résoudre les conflits, il est aussi suffisant.

Les arguments de bon sens et d'opportunité n'ont pas leur place dans la solution des conflits, qui sont des questions de droit exigeant des réponses objectives. C'est ainsi qu'il est inefficace de relever à propos

---

259[4]. Cf. Roubier, *op. cit.* 258[2], 2e éd., n° 81.

259[5]. Donnier, th. précitée 259[3], p. 151.

259[6]. Trib. civ. St-Omer 8 janv. 1943. *Masset*, relaté dans l'arrêt d'appel: Douai 17 nov. 1943, G.P. 1944.1.47.

259[7]. Roubier, art. cit. 259[3], n° 6, texte et note 1.

du décret-loi de 1938 qu'il serait peu rationnel d'imposer aux actes passés une législation qui souffre des exceptions pour les actes à venir[1], ou qu'il serait peu équitable de faire bénéficier les gratifiés anciens du rapport en moins prenant calculé selon la valeur du bien à l'époque de la libéralité, alors que les gratifiés nouveaux peuvent subir un rapport en nature ou son équivalent en valeur, stipulé dans l'acte[2]. De même il est déplacé de faire état du souci que doit avoir la jurisprudence de maintenir le plus possible les méthodes d'évaluation anciennes, qui assurent davantage l'égalité héréditaire[3], ou inversement d'appliquer le plus possible la méthode nouvelle, qui évite de charger de façon imprévue et écrasante le donataire soumis au rapport[4].

La solution issue de la qualification ne peut subir aucune mitigation. L'opinion de M. le Doyen BATIFFOL, qui, après avoir conclu à la nature contractuelle de l'obligation de rapport, a prétendu limiter l'application de la loi ancienne qui découle de cette analyse[5], ne saurait être accueillie. Cet auteur argue que la règle de conflit, la survie de la loi ancienne, est établie en faveur du donataire, ou plus généralement des parties au contrat, qui en ont prévu l'application; or les dispositions édictées en 1938 en matière de rapport constituent une amélioration de la situation du gratifié; en l'occurrence le mécanisme de solution des conflits aboutit donc à l'application d'une loi moins favorable à celui-ci. L'application de la règle de conflit se trouvant en contradiction avec son esprit, il paraît difficile de ne pas donner la prééminence à ce dernier et de ne pas admettre le donataire à invoquer le bénéfice de la loi nouvelle[6]. Cette théorie, qui revient à affirmer que les effets d'un contrat ne sont pas toujours régis par la loi en vigueur à l'époque de sa formation, se heurte d'abord à la difficulté pratique de déterminer la partie à laquelle la loi nouvelle est plus favorable et à laquelle on devrait en conséquence ouvrir une option entre loi ancienne et loi nouvelle; l'appréciation comporte une part d'incertitude: dans une période de stabilité économique le rapport de la valeur du bien à la date de la libéralité peut favoriser les cohéritiers créanciers, qui ne subissent plus les risques de la chose...

260[1]. ROUBIER, art. cit. 259[3], n° 3 *in fine*, argument subsidiaire.

260[2]. COSTES, obs. au J.C.P. 1942.2.2057, *in fine*, argument subsidiaire.

260[3]. SAVATIER, obs. R.T.C. 1943.55, argument subsidiaire; cpr. CATALA, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, éd. Paris 1954, n° 216.

260[4]. Trib. civ. Moulins 13 juin 1939, *Mazerolles*, G.P. 1940.1.52.

260[5]. BATIFFOL, note au S. 1943.2.50.

260[6]. Cpr. dans le sens de l'application de la loi la plus favorable, les solutions reçues en matière d'établissement de la filiation naturelle dans les conflits de lois dans le temps et surtout dans les conflits mobiles de lois dans l'espace. *V.* Jacques FOYER, *Les conflits mobiles de lois en matière de filiation illégitime*, th. Paris 1963, éd. Paris 1964, notamment n° 98, 145, 151-179, 302-309.

Ces solutions soulèvent d'ailleurs des difficultés, du même ordre que celles citées *infra* au texte. Cf. FOYER, *op. cit.*, n° 160-179. Et en droit interne, elles sont, selon les domaines, soit complètement exclues, soit seulement implicites; cf. FOYER, p. ex. n° 276-278.

Surtout, à supposer déterminée la partie à laquelle la loi nouvelle profite, rien n'autorise à l'en faire bénéficier, car en droit les intéressés au contrat sont égaux[7].

En matière de conflits dans l'espace, la loi applicable ne dépend pas de façon aussi stricte de la qualification contractuelle ou statutaire du mécanisme de l'avancement d'hoirie.

B. — Les conflits de lois dans l'espace:

261. — La question se pose de savoir quelles règles appliquer au rapport d'une libéralité faite sous l'empire de la loi d'un pays par une personne dont la dévolution et le partage de la succession sont régis par la loi d'un autre pays. Les accords internationaux ne tranchent jamais le problème.

262. — Les conflits de droit international privé se résolvent en principe par la définition de la nature de l'institution, qui permet de ranger celle-ci dans une catégorie dont le rattachement à une loi a été déterminé[1]. Comme en droit transitoire, il s'agit d'un problème de qualification[2]. C'est d'ailleurs le droit international privé qui a dégagé la technique de la qualification, transposée ensuite en droit interne. La qualification nécessaire à la solution des conflits dans l'espace est toutefois plus précise que celle requise par le droit interne transitoire; il ne suffit pas de déterminer que le rapport est l'effet d'un contrat plutôt que l'élément d'un statut légal, il faut encore savoir de laquelle des règles du contrat il dépend: règle de capacité du disposant ou règle des effets du contrat, par exemple. En ce qui concerne notre recherche de droit civil l'investigation n'a pas besoin d'être aussi approfondie; elle serait dénuée d'intérêt pratique et son intérêt théorique serait mince; nous pourrons nous arrêter au premier stade.

Il existe une analogie certaine entre les conflits dans le temps et les conflits dans l'espace, qui requièrent la même technique de solution. M. le Doyen Batiffol relève en outre une similitude de rôles entre la loi nouvelle dans le temps et la loi du for dans l'espace: toutes deux bénéficient en matière de conflits d'une situation privilégiée; la structure qu'elles établissent de l'institution sert à la qualification de celle-ci,

---

[7]. Flour, note au D.C. 1944.J.109.

[1]. Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. 3, 1944, n° 952.

[2]. Batiffol, *Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps*, Etudes Ripert, 1950, t. I, pp. 292-303, partic. pp. 294-295 et 298.

et elles sont aptes à exclure la loi ancienne ou la loi étrangère normalement applicables, en vertu du caractère d'ordre public qu'elles peuvent revêtir[3].

263. — La qualification appliquée par le droit international privé semble toutefois moins topique quant à la nature de l'institution que celle mise en œuvre par le droit transitoire. Car il n'est pas toujours certain qu'elle soit celle-là même dont on use en droit interne et qui intéresse le droit civil.

Certes il ne saurait être question d'une indépendance totale des qualifications du droit international privé.

Celle-ci pourrait résulter de la méthode de RABEL consistant à dégager les concepts utilisés par le droit international, à partir d'un droit commun comparé[1]. Mais d'abord il est douteux qu'en matière d'avancement d'hoirie on aboutisse à une opposition avec le droit interne, car dans tous les pays qui le connaissent le rapport des libéralités apparaît comme fondamentalement semblable. Et surtout, en France c'est la loi française seule, *lex fori*, qui sert à la qualification[2].

La loi du for ne pourrait-elle pas elle-même utiliser une qualification spéciale au droit international, de même qu'elle définit de façons souvent différentes le même acte en droit civil, en droit pénal et en droit fiscal? Cela est exclu, car le droit international privé a pour matière le droit interne, qu'il vise à diviser en catégories en vue d'en opérer le rattachement; il doit donc le prendre tel qu'il est, avec ses propres divisions[3]. Les qualifications du droit civil reposent sur une analyse reflétant la nature de l'institution; celles du droit international ne sont pas opérées différemment, ainsi que l'a mis en lumière BARTIN; le résultat ne peut être qu'identique[4]. Il faut cependant tempérer cette conclusion lorsque la structure de l'institution à classer prête à des controverses d'analyse, car alors le particularisme caractéristique du droit international peut trouver à s'exprimer par des qualifications originales.

262[3]. BATIFFOL, art. précité 262[2], et note au S. 1951.1.193 *in fine*; développé par LEVEL, th. cit. 258[3], *in integro*, et partic. n° 134 et suiv., n° 153-157, et n° 165 et suiv. Ces auteurs citent en outre comme point commun l'application de la règle du renvoi; mais elle ne semble pas admise en droit transitoire; cf. *infra* n° 305.

Il faut toutefois se garder d'exagérer la portée du rapprochement. Sur ses limites et les oppositions entre les deux types de conflits, *v.* GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, th. Paris 1953, éd. Paris 1955, n° 8-21 (et les réf. citées par cet auteur), et LOUIS-LUCAS, *Traits distinctifs des conflits de lois dans le temps et des conflits de lois dans l'espace*, Mélanges ROUBIER, Paris 1961, t. I pp. 323-348.

263[1]. Reprise et exposée par Léa MERIGGI, *Les qualifications en droit international privé*, Revue de Droit International Privé (RDIP) 1933, pp. 201-234.

263[2]. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3[e] éd., 1959, n° 292-295; NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. 3, 1944, n° 953-954; MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, Recueil des cours de l'Académie de Droit International, 1936, III, pp. 460-512, particulièrement n° 127-140.

263[3]. BATIFFOL, *Traité...* précité 263[2], n° 296.

263[4]. BOYER, *Les conflits de lois en matière de rapport des libéralités*, R.C.D.I.P. 1949, pp. 208-263, n° 20.

Le droit international privé est fortement marqué par l'utilitarisme. Au niveau des grandes théories, il s'agit de sauvegarder les prérogatives de la puissance étatique; au niveau des solutions de détail, comme celles relatives au régime de l'avancement d'hoirie, il s'agit de promouvoir une règle efficace.

L'un des soucis du droit international privé est d'éviter le dépeçage des institutions. Or l'avancement d'hoirie participe de la matière des libéralités et de celle de la dévolution et du partage de la succession. Si au moment de l'ouverture de la succession, seul instant où se pose vraiment le problème du rapport, on veut assurer l'application d'un ordre juridique unique aux opérations de liquidation et de partage, on fera le rattachement à la loi successorale, en qualifiant de statut les règles de l'avancement d'hoirie[5]. On peut aussi vouloir éviter les iniquités qui résultent de la répartition des biens et des rapports entre plusieurs masses successorales régies par des lois différentes; alors on optera pour l'application de la loi unique du contrat d'avancement d'hoirie. Le souci d'unité débouche sur des solutions autonomes, mais qui ne sont pas certaines.

Le droit international privé est également sensible à l'intérêt qu'il y a à assurer la sécurité des parties à un contrat. Or l'application à l'avancement d'hoirie de la loi successorale, si elle conduit au jeu de la *lex rei sitae* en matière de succession immobilière, loi connue dès l'instant de la libéralité, conduit au jeu de la loi du domicile du défunt en matière de succession mobilière, loi inconnue d'avance. Dans le cas de l'avancement d'hoirie immobilier, on pourra avoir tendance à préférer la loi successorale, et dans le cas de l'avancement d'hoirie mobilier, la loi du contrat, qui est encore plus sûre que la loi successorale[6]...

Il est vrai que l'empirisme ne saurait tenir un rôle avoué dans le domaine du droit. Aussi le masque-t-on souvent derrière des affirmations plus juridiques.

La doctrine préfère reconnaître aux qualifications du droit international privé une autonomie tirée de la considération du but de la règle de conflit. En effet les problèmes de qualification sont des questions d'interprétation des règles de conflit[7]. En notre matière le but de la règle du droit international est d'assurer la dévolution successorale normale, alors qu'en droit transitoire il s'agit surtout de défendre les situations établies. Cependant le plus souvent la communauté de technique d'analyse débouche sur une qualification unique.

263[5]. Rigaux, *op. cit.* 258[5], n° 237.

263[6]. Cf. Batiffol, note au S. 1954.1.185, II, à propos des institutions contractuelles.

263[7]. Maury, *op. praecitato* 263[2], n° 127 p. 469; Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 623, pp. 860-861; Batiffol, *Traité...* précité 263[2], n° 293 et n° 677 note 51.

Les éléments d'une spécialité des qualifications en droit international sont certainement contestables ou faibles, selon la formulation qu'on leur donne; mais ils existent, et lorsque plusieurs qualifications d'une institution sont possibles, comme c'est le cas en matière d'avancement d'hoirie, ainsi que nous le verrons, ils peuvent emporter une divergence entre droit international et droit interne. Il importe donc de ne pas les négliger et d'accueillir avec circonspection les résultats des analyses établies pour la solution des conflits dans l'espace, s'ils s'opposent à ceux des conflits dans le temps. L'avancement d'hoirie est une institution complexe, qui doit décourager les conclusions hâtives. Cela se manifeste également dans un autre domaine que celui des conflits.

§ 2. — L'organisation technique du rapport.

264. — Il paraît logique que la nature d'une institution se traduise non seulement dans sa structure fondamentale, mais aussi dans son organisation technique. L'avancement d'hoirie semble se prêter à l'illustration de ce lien; on pourrait donc déduire sa nature contractuelle ou successorale des règles qu'il met en œuvre. Mais cette apparence séduisante se révèle fallacieuse.

A. — Signification apparente :

265. — Il est tentant de considérer que le mode de principe d'exécution du rapport de l'avancement d'hoirie, qu'édicte la loi, traduit la prédominance de l'un des deux caractères que l'on peut attribuer à l'institution.

Le rapport en nature insisterait sur l'aspect successoral de l'avancement d'hoirie[1]. Car la libéralité, base de l'avancement d'hoirie et argument principal de sa caractérisation volontaire, se trouve anéantie à l'instant où elle se révèle n'avoir été qu'une avance sur l'hérédité. Elle est effacée au profit du respect des règles successorales de composition des lots, paritaire ou privilégiée selon les critères légaux, et de fourniture de la réserve *ab intestat*, sans intervention du disposant.

Le rapport en valeur, au contraire, sacrifie les règles successorales au profit de la stabilité du transfert de propriété opéré par la libéralité. L'accent est mis sur l'acte initial de l'avancement d'hoirie et sur l'efficacité de la volonté libérale du disposant, qui est exaltée. Toutefois il faut nuancer cette appréciation en fonction du mode d'estimation prescrit.

266. — La détermination du montant du rapport en valeur d'après l'estimation du bien donné au temps de l'ouverture de la succession ou de son partage semble indiquer que, si la résorption de l'avancement

---

265[1]. Catala, th. cit. 260[3], n° 124.

d'hoirie dans la dévolution successorale n'est pas aussi parfaite qu'en cas de rapport en nature, elle a néanmoins été au premier plan des préoccupations du législateur. Celui-ci a visiblement conçu le rapport comme le moyen de reconstituer le patrimoine successoral, sinon en nature à cause des inconvénients pratiques, du moins en valeur exacte, de façon à obtenir financièrement les mêmes résultats que si la libéralité avait été anéantie et le bien réintégré dans la masse[1].

Inversement, l'évaluation du montant du rapport d'après l'estimation du bien à la date de la libéralité soulignerait la prédominance de l'acte volontaire originel dans la structure de l'avancement d'hoirie. Le rapport apparaît alors comme une obligation issue de la volonté des parties, et dont l'importance est arrêtée à l'instant où cette volonté s'exprime et prend effet par le transfert de propriété[2].

267. — Etant posés ces éléments, les réformes intervenues en 1938 apparaissent nécessairement comme marquant un changement dans la nature de l'avancement d'hoirie. D'institution intégrée à la dévolution successorale, il serait devenu un mécanisme volontaire. C'est ce que soutiennent fort logiquement M. le Doyen Batiffol et M. Level[1]. De cause de résolution, ou de substitut en valeur de cause de résolution, rattachant l'avancement d'hoirie aux opérations successorales, le rapport a été transformé en une dette attachée à la libéralité.

La succession dans le temps de deux qualifications opposées pose d'ailleurs le problème de savoir laquelle il faut retenir pour déterminer la solution des conflits transitoires. Les auteurs qui se sont penchés sur le problème inclinent à qualifier conformément à la loi nouvelle, ainsi que le suggère la transposition du raisonnement qui fait qualifier *lege fori* en droit international privé[2]. Mais cette position est sans importance en matière de rapport, car les apparences de liaison entre qualification et organisation technique se révèlent trompeuses et la thèse du changement de qualification perd son appui essentiel[3].

266[1]. Donnier, *Quelques incidences de la législation de* 1938 *sur le rapport des libéralités*, thèse Montpellier 1952, pp. 87 et 95.

266[2]. Batiffol, note au S. 1943.2.49, 2e point; Donnier, th. précité 266[1], p. 87; Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 622 ter.

267[1]. Batiffol, note au S. 1943.2.49, 3e point, et art. cit. 262[2], *in* Etudes Ripert pp. 299-300; Level, th. cit. 258[3], n° 151.

267[2]. Batiffol, note précitée 267[1], et art. cit. 261[2], p. 300; Flour, note au D.C. 1944.J.109, II-D; Level, th. cit. 258[3], n° 134-151.

267[3]. Il est incontestable qu'en 1938 l'idée de résolution a été abandonnée (*v. infra* n° 376-389); mais à elle seule, elle ne justifiait pas une analyse successorale du rapport, la résolution se rencontrant aussi bien sous forme de condition résolutoire contractuelle que sous forme de cause de résolution légale.

B. — Démenti des apparences :

268. — Si l'on approfondit l'examen de l'organisation technique du rapport, il s'avère qu'il est possible d'appuyer sur celle-ci des conclusions quant à la nature de l'avancement d'hoirie tout aussi convaincantes en sens inverse.

En ce qui concerne la signification de la substitution du rapport en valeur au rapport en nature, l'affirmation des promoteurs du changement, selon laquelle leur volonté a été d'assurer tout aussi bien l'égalité successorale, mais simplement par équivalent, jette le doute. Pour eux l'avancement d'hoirie reste toujours essentiellement une pièce de l'équilibre dans la répartition de la succession. Surtout, la généralisation du rapport en moins prenant confère à l'avancement d'hoirie une efficacité dans le règlement de la succession, dont il était dénué auparavant; à l'époque de l'exécution en nature, le seul effet du rapport était relatif à la donation: il l'anéantissait; désormais il intègre l'avancement d'hoirie, tel quel, dans le mécanisme successoral. Aussi M. Flour a-t-il pu soutenir que, si un changement de qualification s'est produit en 1938, c'est dans le sens du passage d'une nature contractuelle à une nature successorale[1].

Quant au mode d'évaluation du rapport en moins prenant, sa concordance avec la nature contractuelle ou successorale de l'institution n'est pas moins douteuse.

Si l'on suppose un caractère successoral de l'avancement d'hoirie, il débouche sur une double technique d'évaluation. Il justifie d'une part l'estimation du bien à la date à laquelle il est censé rentrer dans le patrimoine et se fondre dans la masse successorale, c'est-à-dire au décès[2], et d'autre part son estimation avec les autres biens soumis à la répartition entre les héritiers, c'est-à-dire à la date du partage[3]. L'incertitude de la solution qu'imposerait la nature successorale du rapport démontre le caractère peu strict, et partant peu probant, du lien prétendu entre nature et mode de calcul du rapport.

En sens inverse M. Catala a pu démontrer que la qualification contractuelle du rapport conduit logiquement à son évaluation à la date du décès et non à celle de la libéralité[4]. Car, si l'obligation de rapport naît du contrat, elle ne naît pas lors du contrat pour s'exécuter au décès comme une obligation à terme. Elle est soumise à une incertitude quant à son existence, qui la rend éventuelle et ne la fait prendre naissance qu'au moment du décès par l'acceptation rétroactive de la succession par l'héritier gratifié. C'est dont à la date de l'ouverture de la succession, date de l'apparition de l'obligation contractuelle de rapport, que devrait s'apprécier son étendue.

268[1]. Flour, note au D.C. 1944.J.109, II-D.
268[2]. Donnier, th. cit. 266[1], pp. 86-87, 93, 103.
268[3]. Catala, th. cit. 260[3], n° 134-135.
268[4]. Catala, th. cit. 260[3], n° 127.

Devant un tel imbroglio technique, il serait aventuré de tirer des modes d'exécution et de calcul du rapport des indications assurées sur la qualification de l'avancement d'hoirie; et cela d'autant plus que le raisonnement juridique n'a tenu qu'un rôle minime dans l'élaboration de la réglementation du rapport.

269. — Le législateur s'est principalement inspiré de considérations pratiques, extérieures à la stricte logique juridique, pour organiser le rapport[1].

L'exécution en moins prenant du rapport a été préférée à la restitution en nature par souci d'assurer la stabilité des transferts de propriété, la continuité des exploitations, et le crédit des successibles gratifiés. Il s'est joint à ces raisons la préoccupation décisive d'éviter le morcellement des terres qui résulte du partage en nature consécutif à la remise réelle du bien dans la masse successorale.

Quant au montant du rapport en valeur, il a été fixé à l'estimation du bien à l'époque de la libéralité, en vue de stabiliser la dette de l'héritier gratifié et de lui épargner toute surprise. Il s'agissait aussi, raison contingente, d'accorder les règles du rapport avec celles du partage d'ascendant qui avait été assouplies par la loi du 7 février 1938.

Le législateur ne s'est préoccupé que d'efficacité pratique; induire de son œuvre une analyse théorique de l'avancement d'hoirie serait abusif, surtout pour en tirer des conséquences pratiques dans des domaines qu'il na pas envisagés.

L'organisation technique du rapport, aux imbrications incertaines et soumise aux influences extrajuridiques, doit être considérée comme, sinon indépendante de la nature de l'avancement d'hoirie, du moins inapte à lui servir de révélateur fidèle. Seule la recherche de la solution des conflits de lois permet de dégager la qualification de l'institution.

Section II

ÉLÉMENTS D'UNE QUALIFICATION STATUTAIRE

270. — Le rôle du rapport est d'intégrer au règlement successoral la libéralité adressée au successible, de transformer la gratification en un acompte sur les droits *ab intestat* de l'héritier. Or la dévolution et le partage des successions constituent un domaine d'un important intérêt social, dans lequel les initiatives des intéressés directs sont limitées, et débouchent en tous cas sur des règles légales inévitables; c'est une matière statutaire. Dans les conflits de lois dans le temps qui la concernent, la loi nouvelle a vocation à s'appliquer immédiatement.

269[1]. Donnier, th. cit. 266[1], pp. 105-119 et 38-49.

Telles sont effectivement les conclusions auxquelles arrive une partie de la doctrine, au terme d'une analyse dont beaucoup d'éléments sont incontestables (§ 1). Mais l'examen de la jurisprudence se révèle beaucoup moins probant et fait naître le doute (§ 2).

§ 1. — Les résultats de l'analyse doctrinale.

271. — Les efforts des partisans de l'application de la loi nouvelle au rapport se sont portés dans trois directions. Les uns ont entrepris de démontrer l'intégration du rapport aux opérations de partage; d'autres, auxquels se sont joints les internationalistes partisans de l'application de la loi successorale, soutiennent son intégration à la dévolution successorale; d'autres enfin se limitent à l'examen des textes relatifs au rapport et les déclarent dispositifs, ce qui localiserait directement la matière sous l'empire de la loi nouvelle.

A. — Intégration du rapport aux opérations de partage:

272. — La nature d'opération de partage du rapport a été soutenue avec beaucoup de talent par M. Flour[1].

Cette institution, observe-t-il, répond au souci d'assurer l'égalité entre les héritiers, rompue par la transmission anticipée de certains biens du patrimoine du *de cujus*. Mais l'égalité n'est qu'un cadre vide; il faut le concrétiser par des principes de liquidation, en nature ou en valeur. De même les règles du partage traduisent le principe de l'égalité dans la dévolution héréditaire. Le rapport et le partage visent tous deux l'équilibre de la répartition successorale. Ils poursuivent le même but d'égalité, et ils font appel aux mêmes procédés pour le réaliser: les attributions en nature et en valeur. M. Flour en conclut que le rapport s'intègre au partage et qu'il constitue l'une de ses opérations.

L'ordination du rapport aux opérations de partage se manifesterait en droit positif par de nombreux indices. Il est significatif que rapport et partage aient été réglementés ensemble par le Code Civil, et que la doctrine ne les ait jamais dissociés dans leur étude. La législation sur les deux matières a évolué parallèlement; le rapport en nature était de principe dans le Code Civil, parce que le partage devait consacrer l'égalité en nature et que la restitution réelle était le seul moyen de permettre à celle-ci de jouer; aujourd'hui le rapport se fait en valeur, parce qu'en même temps la règle de parité des lots a été considérablement assouplie. Les réformes intervenues en 1938 reposent dans les deux cas sur le même fondement économique et social, sur le souci d'éviter le morcellement des terres et d'assurer la stabilité foncière.

272[1]. Flour, note au D.C. 1944.J.109, point II.

De plus, la jurisprudence considère que le rapport des avancements d'hoirie antérieurs à la mise en vigueur de la prescription de l'article 860 nouveau du Code Civil, imposant l'évaluation du bien à la date de la libéralité, doit se calculer selon la valeur du bien à l'époque du partage; et que toutes autres évaluations, et particulièrement l'évaluation au décès prescrite par l'article 860 ancien, constituaient des exceptions limitées aux cas pour lesquels elles étaient expressément prévues. La seule explication possible tient dans la nature d'opération de partage du rapport.

273. — Malgré toutes ces raisons, la thèse de l'intégration du rapport au partage n'a jamais bénéficié d'une confirmation jurisprudentielle et n'a jamais été retenue, même implicitement, pour la solution des conflits de lois[1]. C'est un indice d'inexactitude.

Sans doute l'insuccès de la loi du partage en matière de conflits n'est-il pas probant. Car le rapport peut fort bien être un incident du partage, sans que la loi du partage s'y applique. En effet les éléments du partage ne sont pas toujours régis par celle-ci. Elle ne règle que la technique des opérations et les effets du partage, problèmes autonomes et communs à tous les partages, que leur objet soit une succession, une communauté, une société ou une indivision quelconque[2], c'est-à-dire une matière dans laquelle la forme prédomine[3]. Or les modes d'exécution et d'évaluation du rapport, qui influent sur la consistance et le montant des droits héréditaires, constituent des règles de fond, spéciales aux répartitions de succession. La considération du partage renvoie donc à la loi de la dévolution héréditaire, tant dans les conflits de droit interne[4] que dans ceux de droit international[5].

273[1]. La Cour de Cassation, Civ. 15 janv. 1952 *Bertrand*, (J.C.P. 1952.2.6944, obs. Cavarroc, S. 1954.1.185, note Batiffol) a approuvé une Cour d'Appel qui avait qualifié le rapport d'opération de partage, mais en précisant que c'était uniquement parce que par la formule critiquée la Cour d'Appel avait entendu simplement se référer au principe d'égalité commun au partage et au rapport; l'arrêt d'appel faisait d'ailleurs jouer la loi du contrat dans le conflit dans le temps qui était en cause.

De même c'est sur le principe de l'égalité successorale et non sur la nature, du rapport que prend appui la jurisprudence sur l'évaluation du rapport des avancements d'hoirie antérieurs à 1938. P. ex.: Montpellier 28 juill. 1942 *Deléris*, J.C.P. 1943.2.2129, obs. Voirin, S. 1943.2.49, note Batiffol, D.C. 1943.J.68, note J.C.

273[2]. Roubier, art. cit. 259[3], n° 24 et n° 2.

273[3]. La plupart des auteurs se bornent à opposer questions de forme et questions de fond du partage. Comme toute formule elliptique, cette opposition n'est qu'approximative. La règle du tirage au sort p. ex. relève au moins autant du fond que de la forme, car elle vise l'égalité en nature, objectif de fond; de même l'effet déclaratif dépasse le cadre de la procédure...

273[4]. Desbois, *Commentaire de la loi du 7 février* 1938, D.P. 1938.4.356 *in fine*; Voirin, obs. au J.C.P. 1943.2.2129, I; Costes, obs. au J.C.P. 1942.2.2057, II.

273[5]. Dennery, *Le partage en droit international privé français*, thèse Paris 1935, pp. 25-26; Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. 4, 1947, n° 1352, *in initio*.

A vrai dire la non application de la loi du partage repose sur un raisonnement plus direct: le rapport ne s'intègre pas au partage.

Il existe une opposition fondamentale entre les opérations de rapport et de partage: le rapport reconstitue la masse indivise, il rassemble les biens sortis du patrimoine du défunt, alors que le partage disperse la succession, attribue privativement les biens qui la composent[6]. De plus les deux opérations peuvent se trouver séparées par un long laps de temps. En effet le rapport s'effectue dès l'ouverture de la succession: c'est à ce jour que s'opère la résolution en cas de rapport en nature, et c'est à partir de cette date que sont dus les intérêts du rapport en valeur; le partage intervient plus tard[7], il peut même ne jamais avoir lieu[8].

D'autre part, on ne peut pas s'attacher au rapprochement que font le législateur et la doctrine entre les deux matières. Il répond manifestement à un simple souci de clarté dans l'exposition d'opérations chronologiquement successives. De même on ne peut pas considérer comme probant le parallélisme dans l'évolution des deux réglementations; les réformes reposent dans les deux cas sur la même idée nouvelle de l'égalité en valeur, mais un simple souci de coordination en rend mieux compte que l'appel à la fusion des deux institutions.

Il reste certain que le rapport et le partage ont en commun le but d'égalité entre les héritiers et qu'ils le conçoivent identiquement. C'est un élément sérieux dans la recherche d'une qualification, mais qui est insuffisant[9]. Car toute institution poursuit une pluralité de fins, et selon que l'on insiste sur l'une ou sur l'autre, se rapproche de telle ou telle institution différente; l'imprécision est grande. Et la qualification par le but, défendue par M. Flour, aboutirait à des résultats curieux: les règles de dévolution successorale visent comme le rapport l'égalité entre les héritiers et celle-ci ne se concrétise aussi que par les attributions finales; il faudrait donc ranger ces règles sous l'empire de la loi du partage![10].

Ajoutons que l'évaluation à la date du partage du montant du rapport des avancements d'hoirie antérieurs à 1938 n'est pas significative de la nature d'opération de partage du rapport. Il ne s'agit que d'une modalité d'exécution, qui est indépendante du fait générateur du rapport, qu'il nous importe de connaître[11]. Le montant d'une obligation peut être déterminé par des facteurs étrangers à sa nature, ici par un souci d'égalité entre les héritiers[12].

273[6]. Batiffol, notes au S. 1941.1.233 et au S. 1943.2.49, 3e point; Boyer, art. cit. 263[4], n° 9.

273[7]. Dans ces conditions l'application de la loi du partage au rapport créerait une insécurité dans le régime des biens pendant toute la durée de l'indivision.

273[8]. Et le rapport ne change pas pour autant de nature. *V.* cependant les réserves d'Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 634, note 25 p. 312.

273[9]. Boyer. art. cit. 263[4], n° 9.

273[10]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1946.2.3287, II-A.

273[11]. Batiffol, note au S. 1943.2.49, 1er point, *in fine*.

273[12]. *Supra* 273[1].

Il demeure cependant que l'avancement d'hoirie est une opération de partage au sens large du terme. En effet il joue un rôle d'allotissement dans la succession. Cela explique sa communauté dans la recherche de l'égalité avec les opérations de partage au sens strict. Mais il ne fait pas partie du partage ordinaire. Sa caractéristique propre est d'anticiper sur celui-ci et donc d'en être techniquement séparé; c'est pourquoi le rapport est une opération préliminaire au partage. Le rôle de partage de l'avancement d'hoirie est original; sa particularité est de se jouer parallèlement et antérieurement au partage ordinaire.

La théorie de l'intégration du rapport au partage ne peut pas être retenue. Au contraire par certains aspects elle renvoie l'avancement d'hoirie au statut successoral.

B. — Intégration du rapport a la dévolution successorale:

La thèse qui considère que l'avancement d'hoirie est un mécanisme de nature statutaire, parce que le rapport s'intègre aux opérations de dévolution successorale, repose sur des arguments solides, concernant à la fois les conditions de mise en œuvre de la restitution et ses effets.

274. — Le rapport est une opération qui intervient au temps de l'ouverture de la succession[1]. C'est à ce moment que s'apprécie le caractère d'avancement d'hoirie de la libéralité, et que naît l'obligation de rapport. Auparavant ce n'était qu'une obligation éventuelle, soumise à l'événement de la venue du gratifié à la succession. Après il ne s'agit plus que de retard dans son exécution; celle-ci est immédiate en cas de rapport en nature, puisque la résolution s'opère au décès; en cas de rapport en valeur, elle n'est exigible qu'au partage, mais le débiteur doit des intérêts depuis la date de l'ouverture.

Les parties au rapport en sont créancières ou débitrices en leur qualité d'héritiers[2]. Les cosuccesseurs du donataire ou légataire ne peuvent exiger le rapport qu'en qualité d'héritiers du disposant; ils seraient irrecevables à se prévaloir d'un titre libéral ou d'un droit de créance quelconque (article 857 C.Civ.). Le gratifié n'est tenu au rapport que s'il est héritier.

Il a été aussi dit que le rapport constitue pour le gratifié une condition de successibilité, à laquelle il doit se soumettre s'il veut venir à la succession. La preuve de cette intégration du rapport dans les règles successorales est que le renonçant en est dispensé (art. 845 C.civ.); l'obligation au rapport n'existe qu'en fonction du droit héréditaire, et pour s'en affranchir il suffit de refuser la succession[3]. Mais on ne peut pas accorder

---

274[1]. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 622 ter.

274[2]. Donnier, th. cit. 266[1], pp. 164-165.

274[3]. Demolombe, t. 1, n° 48 - 1°; Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. 4, 1947, n° 1352.

Bruxelles 30 mai 1812, *Paternoster*, S. chronol.

à cette constatation un autre sens que celui d'une affirmation du déclenchement du rapport à l'ouverture de la succession. Car, comme l'ont relevé AUBRY et RAU, le rapport n'est une condition de la vocation héréditaire du gratifié que dans une législation impérative, où le préciput est interdit et où l'héritier doit rapporter toutes les libéralités que lui a faites le *de cujus*[4]; cétait le cas dans la loi du 17 nivôse an II[5].

275. — Quant à ses effets, le rapport détermine les parts successorales des différents héritiers[1]. En quantité, il vient augmenter les droits des cohéritiers du gratifié par rapport à ce qu'ils auraient obtenu si la libéralité avait été préciputaire; et la fixation précise de ce quantum dépend de la technique du rapport. Inversement la restitution diminue la part de l'héritier gratifié dans la masse effective: il prend moins. En qualité, le mode d'exécution du rapport influe sur ce que peuvent recevoir les cohéritiers pour leur part successorale: le bien donné ou, au contraire, un équivalent; et il détermine la consistance de l'avance sur sa part, dont a bénéficié le gratifié.

Envisagé de façon plus générale, le rapport vise l'égalité des parts des héritiers, c'est-à-dire la réalisation de la dévolution successorale normale[2].

Ces questions de droit des héritiers, de consistance et d'étendue de leurs parts, sont incontestablement réglées par des mécanismes légaux. La conséquence pratique de cette constatation sera que le rapport, qualifié statutairement, doit être soumis à la législation qui régit la succession du disposant.

D'ailleurs n'applique-t-on pas, dans la matière voisine du partage d'ascendant, la loi successorale aux conflits relatifs à la lésion? Le rapport joue dans l'avancement d'hoirie le même rôle de sauvegarde de l'égalité successorale que les sanctions de la lésion dans le partage d'ascendant[3]. La qualification successorale de la rescision et du rééquilibrage de la donation-partage est d'autant plus significative que la raison en est que la lésion concerne non la qualité de donataire, mais celle d'héritier

---

274[4]. AUBRY et RAU, 4e éd., t. I, 1869, § 30, p. 76 texte et note 59; de même: BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Des Successions*, 3e éd., t. 3. 1905, n° 3014.

274[5]. *Supra* n° 15.

275[1]. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., 1959, n° 677; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et LOUSSOUARN, *Précis de Droit international privé*, 8e éd., 1962, n° 481 — 3e, p. 610; PLANIOL et RIPERT, t. 4 par MAURY et VIALLETON, n° 623, p. 858; POPOVILYEFF, *Du rapport à succession des libéralités*, thèse Paris 1897, n° 265, p. 412.

275[2]. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. 2, 1924, n° 596, p. 400; PLANIOL et RIPERT, t. 4 par MAURY et VIALLETON, n° 623, p. 859; DE VOS, *Le problème des conflits de lois*, Bruxelles 1947, t. 1, n° 284; NAST, note à la R.D.I.P. 1907, p. 407, sous Trib. Civ. Seine 27 déc. 1906, *Del Drago*; P. LAGARDE, obs. au J.C.P. 1965.2. 14156 - I-A.

275[3]. *Supra* n° 237.

copartagé[4]. Et il existe une tendance, doctrinale si ce n'est jurisprudentielle, favorable à l'extension de ce type d'analyse et de solution aux situations analogues, dans lesquelles la qualité d'héritier entre en jeu: donations entre époux et institutions contractuelles[5]. Il serait donc cohérent de qualifier le rapport de mécanisme successoral[6].

Cependant on peut douter de la valeur parfaitement probante de la transposition, car les arrêts fondent l'application de la loi de la succession à la rescision non seulement sur l'aspect héréditaire des relations entre copartagés, mais aussi sur le fait qu'on ne peut pas régler volontairement le mécanisme de l'action, comme celui du rapport[7].

Il est incontestable que le rapport, élément central et caractéristique de l'avancement d'hoirie, intervient dans le cadre de la dévolution de la succession. Le problème est de savoir si cette constatation suffit à imposer la qualification successorale de l'institution. Certains auteurs ont pensé apporter une preuve indirecte de cette nature, ou encore une solution directe au problème des conflits de lois dans le temps, en démontrant que les règles relatives au rapport sont dispositives.

C. — Caractère dispositif de la réglementation du rapport:

276. — La matière du rapport paraît très favorable à l'intervention de lois dispositives. Fonder les prescriptions légales sur une volonté présumée du disposant relève de l'artifice. La soumission au rapport du donataire qui devient successible seulement postérieurement à la donation est topique à cet égard[1]. Or les relations des parties non réglées par la volonté sont depuis toujours du ressort des lois dispositives[2]. Rien n'empêche d'ailleurs les parties d'approuver les dispositions de ces lois et de se référer à elles.

Les lois dispositives régissent des situations dans lesquelles des intérêts sociaux sont en jeu, et qui produisent autant d'effets envers les tiers qu'envers les parties. Or le rapport vise l'égalité entre les héritiers,

---

275[4]. Donnier, th. cit. 266[1], pp. 154-156; Roubier, *op. cit.* 258[2], 2e éd., n° 79 *in fine*.

Civ. 28 nov. 1950, *Bouyoud* et *Loisel*, J.C.P. 1951.2.5997, obs. Cavarroc, S. 1951.1.193, note Batiffol; Douai 24 nov. 1944, *Leclercq*, G.P. 1945.1.114.

275[5]. Batiffol, note précitée 275[4], p. 195 2e col.; Donnier, th. cit. 266[1], pp. 157-159.

275[6]. *V.* le même raisonnement mené en sens inverse, dans Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse Grenoble 1960, éd. Paris 1961, n° 146, qui appuie la jurisprudence relative à la rescision dans le partage d'ascendant sur la nature successorale du rapport, qu'il tient pour certaine.

275[7]. Douai 24 nov. 1944, *Leclercq*, G.P. 1945.1.114.

276[1]. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 623, pp. 858-859.

276[2]. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse Dijon 1912, Chapitre 2, notamment pp. 88-89; Caleb, th. cit. 256[1], pp. 92-97.

but économique et social, dont l'importance a été exaltée par la Révolution; et son mode d'exécution intéresse au plus haut point les tiers, dont les droits sur les biens donnés seront ou non atteints par la restitution[3].

Les parties peuvent éviter l'emprise des lois dispositives en se plaçant dans une situation différente de celle prévue par la loi. C'est ainsi qu'en concluant un contrat de mariage, les époux échappent à l'application du régime matrimonial légal. De même en convenant d'un préciput, les parties évitent le rapport.

277. — Le caractère dispositif de la réglementation du rapport permettrait de rendre compte de certaines règles de l'avancement d'hoirie qu'on ne saurait attribuer à la volonté des intéressés.

L'article 857 du Code Civil exclut les légataires et créanciers du défunt du bénéfice du rapport. La mesure se comprend en ce qui concerne les légataires: ils ne peuvent réclamer leurs legs que sur les biens existant au décès; de plus, rien ne s'oppose à ce qu'un testateur limite l'emprise de ses legs à une partie de son patrimoine. Mais en ce qui concerne les créanciers, la règle aboutit à permettre à un débiteur, le disposant en avancement d'hoirie, de soustraire certains éléments de son patrimoine à ses créanciers, sans que ceux-ci puissent faire appel à l'action paulienne; accorder un caractère contractuel à cette règle du rapport revient à donner à un débiteur le pouvoir de dégager son patrimoine des obligations pesant sur lui, contrairement à l'article 2092 du Code Civil[1]. Une telle irrégularité peut être le fait d'un texte réglementant un mécanisme légal, mais non celui d'une prescription rattachée à la volonté individuelle.

L'article 846 du Code Civil impose le rapport au donataire qui n'était pas successible lors de la donation, mais qui se révèle héritier présomptif au jour de l'ouverture de la succession. Il est difficile de faire correspondre cette règle à une volonté des parties. Elle renvoie aussi à un caractère légal des prescriptions relatives au rapport[2].

Il en va de même de l'article 845 du Code Civil, qui ouvre au gratifié la possibilité de se dégager de son obligation de rapporter la libéralité, en renonçant à la succession. Cette disposition est inexplicable par la volonté du disposant, qu'elle contrarie même directement, puisqu'elle bouleverse ses prévisions quant à la réductibilité des libéralités postérieures[3].

278. — L'existence d'un acte volontaire à l'origine de l'avancement d'hoirie ne constitue pas un obstacle à l'analyse des règles du rapport en lois dispositives.

276[3]. Flour, note au D.C. 1944.J.109, II - A et B.
277[1]. Donnier, th. cit. 266[1], pp. 165-166.
277[2]. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 573.
277[3]. Voirin, obs. au J.C.P. 1956.2.9041, point I *in fine*.

La qualification successorale du mécanisme du rapport débouche normalement sur la reconnaissance dans la situation, d'un statut légal déclenché par la libéralité, acte-condition. C'est l'étape par laquelle passent la plupart des raisonnements qui conduisent à l'application immédiate de la loi nouvelle au rapport[1]. Mais elle est exclue par l'appel au caractère dispositif de la législation, car le propre des lois dispositives est de jouer en l'absence de tout contrat relatif à la matière qu'elles régissent, ainsi que l'illustre le cas du régime matrimonial légal, « qui s'établit... à défaut de contrat » (art. 1400 C.civ.). L'objection surgit alors: il existe un contrat d'avancement d'hoirie! Certes; mais on peut la tourner en constatant que ce contrat est un contrat de donation, et non un contrat de rapport, de même que dans le cas du mariage il y a contrat d'état-civil et non contrat relatif au régime des biens.

279. — Il faut cependant reconnaître que l'analyse des règles du rapport en lois dispositives constitue le système le plus faible de rattachement du régime de l'avancement d'hoirie à la dévolution successorale. Elle repose dans une large mesure sur une conception trop peu nuancée des lois supplétives[1]. Les lois dispositives constituent une subdivision de cette catégorie. Mais à côté d'elles, il y a les lois supplétives proprement dites, tout aussi opposées aux lois interprétatives, et régissant également des situations dans lesquelles la volonté est inexistante, mais où elle pourrait intervenir; ces lois peuvent aussi poursuivre des fins sociales et retentir sur la situation des tiers. Il est plus aisé de ranger les règles du rapport parmi les lois supplétives relatives à un statut, donc s'appliquant immédiatement en cas de changement de législation, que parmi les lois dispositives. Car, si souvent le rapport n'est pas réglé par contrat, il arrive fréquemment qu'il le soit minutieusement; cela n'est possible que si la matière fait l'objet de lois supplétives.

Il demeure néanmoins que l'appel à un caractère dispositif a permis de mettre en lumière certains aspects typiquement légaux et successoraux de la réglementation du rapport, que l'analyse statutaire habituelle tendait à laisser dans l'ombre.

Il convient maintenant de rechercher si les affirmations doctrinales favorables à la qualification successorale reçoivent une confirmation en jurisprudence.

§ 2. — Les indications de la jurisprudence.

280. — Les décisions judiciaires ne sont pas nécessairement exactes. Mais elles sont d'une grande valeur. D'une part, si elles appliquent au rapport la loi de la dévolution successorale, elles confèrent aux déductions doctrinales que nous venons de relever une présomption

---

278[1]. *V.* p. ex. Donnier, th. cit. 266[1], pp. 162-164.
279[1]. Cf. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1946.2.3287, II-B.

d'exactitude, dans la mesure du moins où cette jurisprudence ne met pas en avant des raisons trop différentes. D'autre part, si elles n'appliquent pas la loi successorale, elles constituent le révélateur de la faiblesse de cette doctrine.

La jurisprudence est double, correspondant aux deux intérêts pratiques de la qualification; les conflits de lois en droit international privé et les conflits en droit interne transitoire.

A. — La solution des conflits de droit international privé:

281. — Le problème fondamental consiste à déterminer la loi qui s'applique au rapport lorsque c'est la législation d'un pays qui régit la libéralité et celle d'un autre qui régit la dévolution de la succession du disposant. Il s'agit par exemple du cas d'un sujet français qui donne à son fils un de ses immeubles situés en Espagne, aux termes d'un contrat passé en France et ne contenant aucune clause relative à un éventuel rapport; la succession, dans la mesure où elle est composée d'immeubles sis en territoire espagnol, est dévolue et partagée selon la loi espagnole; la libéralité, faite en France entre sujets français, est régie à tous points de vue par la loi française. Est-ce la loi successorale ou la loi du contrat qui décide s'il y a lieu au rapport de la donation et selon quelle technique il doit s'opérer? Quel que soit le nombre de facteurs qui peuvent compliquer l'hypothèse envisagée, l'option n'est ouverte qu'entre ces deux lois. Car la loi successorale régit tout autant la dévolution que le fond du partage de la succession; et la loi du contrat, si elle se subdivise en une pluralité de réglementations différentes s'appliquant à chacun des éléments du contrat, constitue une catégorie à laquelle on doit se référer avant de choisir parmi les prescriptions diversifiées qu'elle recouvre[1].

Les décisions judiciaires sont peu nombreuses, mais elles sont nettes. Elles rattachent le rapport à la loi successorale.

A la rigueur on peut douter de la valeur probante d'un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation rendu en 1837[2], car il résout simultanément des problèmes de rapport et de réduction, et, faute de méthode bien établie, ne fonde pas clairement l'application de la loi de la succession sur la qualification successorale du mécanisme du rapport.

L'arrêt *Garcia*, rendu par la Chambre Civile en 1884[3], qui est considéré comme la décision de principe en la matière, n'est pas rédigé de façon plus explicite. Mais, intervenant dans une espèce à

281[1]. Si l'on ne retient pas la qualification contractuelle du rapport, il est inutile de se demander si cette institution relève de la loi qui régit les conditions de fond et les effets du contrat (loi d'autonomie, c'est-à-dire le plus souvent la loi de la donation) ou de celle qui régit la capacité des parties (loi personnelle).

281[2]. Civ. 14 mars 1837, *Stewart*, S. 1837.1.195, D. 1837.1.275.

281[3]. Civ. 2 avr. 1884, *Garcia de la Palmira*, D. 1884.1.277, S. 1886.1.121, note anonyme, Clunet 1885.77, Revue Critique 1885.584, note Renault.

l'occasion de laquelle la qualification contractuelle avait reçu l'appui de la Cour d'Appel de Paris[4], son sens n'est pas douteux. Il s'agissait de savoir si pouvait recevoir exécution, quant à des immeubles sis en France, une institution contractuelle du quart de ses biens faite à titre préciputaire par un sujet espagnol à sa fille dans le contrat de mariage de celle-ci. La législation espagnole, loi personnelle des parties et loi d'autonomie, interdisait d'avantager les filles par contrat de mariage. L'application de la *lex hereditatis*, loi française puisque la succession était immobilière, aboutissait à donner effet à la dispense de rapport, admise par le Code Civil. En présence de ce contexte, certains auteurs se sont demandé s'il ne faut pas voir dans l'arrêt une décision d'espèce. Il manifesterait un sursaut du principe de la territorialité, en faveur d'une prédominance du statut réel sur le statut personnel, que retenait la Cour d'Appel et que la Cour de Cassation ne condamne pas expressément. Ou encore, l'application de la loi française correspondrait à un appel implicite à l'ordre public international, parce que la disposition de la loi espagnole, qui sinon eût été compétente, constituait une sorte de privilège de masculinité rejeté par notre droit[5]. Ces objections au caractère topique de l'arrêt *Garcia* ne semblent pas fondées, car la solution qu'il donne n'a pas besoin d'appuis autres que l'analyse du mécanisme du rapport. De plus, en ce qui concerne l'application du privilège de masculinité en France, la Cour de Cassation ne paraît guère portée à arguer de l'ordre public à son encontre[6]. Aussi la quasi-totalité des auteurs considèrent-ils l'arrêt *Garcia* comme décisif.

La doctrine est à peu près unanime en faveur de l'application de la loi de la succession au rapport[7]. Elle se fonde sur l'analyse statutaire

---

281[4]. Paris 12 mars 1881, D. 1881.2.137, S. 1886.1.123, Clunet 1881.355, Revue Critique 1882.712, note RENAULT.

281[5]. BOYER, art. cit. 263[4], n° 23.

281[6]. Cf. Req. 15 déc. 1807, *Bolla*, S. chronol., Journal des Audiences de la Cour de Cassation 1808.34; cet arrêt admet l'application en France d'une loi piémontaise qui privait les filles de tout droit de réclamer le rapport ou la réduction des libéralités faites aux fils, dès lors qu'elles avaient perçu une dot congrue.

281[7]. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., 1959, n° 677; PLANIOL et RIPERT, t. 4 par MAURY et VIALLETON, n° 623; NIBOYET, *Traité de Droit International Privé*, t. 4, 1947, n° 1352; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et LOUSSOUARN, *Précis de Droit International privé*, 8e éd., 1962, n° 481-3°; PILLET, *Traité Pratique de Droit International Privé*, t. 2, 1924, n° 596; ARMINJON, *Précis de Droit International Privé*, t. 3, 1931, n° 144.

Fr. BOULANGER, *Etude Comparative du Droit International Privé des Successions en France et en Allemagne*, th. Paris 1963, éd. Paris 1964, n° 156[1]; DE VOS, *Le problème des conflits de lois*, Bruxelles 1947, t. 1, n° 284; TRONCHON, *Le partage successoral en droit international privé*, th. Strasbourg 1938, pp. 12-14; DENNERY, *Le partage en Droit International Privé*, th. Paris 1935, pp. 25-28; POPOVILYEFF, *Du rapport à succession des libéralités...*, th. Paris 1897, n° 261-286.

que nous avons exposée. Les dissidences sont exceptionnelles et présentent le plus souvent une faille dans leur argumentation[8].

Les seuls points sur lesquels la loi successorale ne s'applique pas sont ceux où la loi normalement compétente est rejetée en vertu de considérations d'ordre public international. Tel est le cas des effets du rapport en nature, qui opère résolution rétroactive, atteignant l'organisation des droits réels et mettant en cause les intérêts des tiers. Dans cette mesure le rapport est régi par la *lex rei sitae*[9]. En pratique cette intervention ne perturbe guère la solution générale, car loi de dévolution et loi de situation se confondent pour les immeubles, qui sont seuls concernés par le rapport en nature[10].

On s'est demandé aussi si la loi de situation peut s'opposer à l'application d'une loi normalement compétente qui impose le rapport en moins prenant, parce que celui-ci assure un traitement privilégié aux cohéritiers créanciers du rapport à l'encontre des créanciers personnels du donataire, et que l'exercice d'un privilège sur un bien ne peut être admis que si la *lex rei sitae* l'autorise[11]. Mais il s'agit d'un faux problème, car le prétendu privilège n'existe pas[12].

Bien entendu, les questions de forme de l'acte libéral et de la stipulation de rapport et de préciput relèvent de la loi du lieu de la libéralité, par application du principe « *locus regit actum* »[9].

281[8]. M. le Doyen Batiffol, art. cit. 262[2], Etudes Ripert p. 302, suggère, sans grande conviction, l'application de la loi de la libéralité depuis les réformes de 1938. Mais il admet que des considérations propres au droit international privé peuvent intervenir en sens contraire.

M. Boyer, art. cit. 263[4], partic. n° 13-18, est le dernier défenseur convaincu de la loi de la libéralité; car pour lui le rapport est la résolution du contrat de donation; mais cela est inexact (*infra* n° 359-399). De plus, pour cet auteur il s'agit dans le cadre du contrat d'une question de capacité du disposant, parce que l'institution poursuivrait un but de protection familiale; mais alors, comme le remarquent MM. Maury et Vialleton (Planiol et Ripert, t. 4, n° 623, p. 858 note 2,) s'agissant d'une incapacité spéciale, la loi applicable au contrat se trouve être celle de la matière dont l'incapacité relève, c'est-à-dire la loi successorale; l'analyse contractuelle est inefficace! D'ailleurs c'est une curieuse incapacité que celle que l'incapable peut écarter par sa seule volonté, en octroyant une dispense de rapport au successible.

Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. 4, 1901, pp. 656-658, défendait la loi personnelle du *de cujus*, comme loi d'autonomie de la volonté sur laquelle repose le rapport. Mais il s'appuyait sur la jurisprudence des conflits nés d'annexions, lesquels sont des conflits dans le temps.

Laurent, *Le droit civil international*, t. 7, 1881, était également partisan de la loi d'autonomie. Mais c'est essentiellement parce que pour lui la succession *ab intestat* repose sur la volonté du défunt et renvoie à l'analyse contractuelle.

281[9]. Auteurs précités 281[7], *op. cit.*, même n° ou n° suiv.

281[10]. Puisque les praticiens ne s'aventurent pas encore à introduire la clause de rapport en nature dans les donations mobilières. Mais on peut supposer qu'une loi étrangère compétente prescrive le rapport en nature des meubles: la loi française s'opposera aux effets de ce rapport pour les meubles situés en France.

281[11]. Dennery, thèse précitée 281[7], p. 27.

281[12]. *Infra* n° 449-450.

Il n'existe pas de décision plus récente que l'arrêt *Garcia* sur le problème précis de la loi applicable à l'avancement d'hoirie. Mais l'analyse successorale se manifeste sur une question voisine.

282. — Il est admis que le rapport n'est dû qu'à la succession, mobilière ou immobilière, régie par la loi française ou par la loi étrangère, dont le bien donné aurait fait partie en l'absence de libéralité[1]. Cela parce que le rapport est jugé de nature successorale, « l'effet du rapport étant de reconstituer, soit réellement, soit fictivement, la masse successorale dans son état primitif », ainsi que le déclare la décision du Tribunal de la Seine intervenue le 27 décembre 1906 dans l'affaire de la succession de la reine Marie-Christine d'Espagne[2].

La solution, combinée avec la pluralité des successions en droit international privé français, aboutit à des résultats contraires à l'équité. Il y a rapport ou non suivant la nature et la situation du bien, qui dépend d'une masse régie par une loi qui prescrit ou ne prescrit pas le rapport; et s'il y a effectivement avancement d'hoirie, sa restitution s'effectue selon des techniques propres à chaque bien. Aussi le système est-il critiqué. Mais l'analyse successorale du rapport l'impose[3].

283. — Le seul cas dans lequel la loi successorale ne s'applique pas est celui des conflits mobiles, c'est-à-dire de ceux qui résultent du changement du point de rattachement, par suite de l'annexion d'un territoire ou du changement de nationalité du disposant. La jurisprudence soumet alors l'existence et le régime du rapport à la loi qui régit la libéralité. C'est ce qui a été décidé à propos des conflits issus de l'introduction de la législation française en Italie pendant la Révolution[1] et du

---

282[1]. Batiffol, *Traité...*, 1959, n° 677; Niboyet, *Traité...*, t. 4, 1947, n° 1352; Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *Précis...*, 1962, n° 481-3°, p. 610.

282[2]. Trib.civ. Seine 27 déc. 1906, *Del Drago*, Clunet 1907.770, R.D.I.P. 1907. 398, note Nast.

282[3]. D'ailleurs, même si l'on appliquait une seule loi au rapport des différentes libéralités (cf. Nast, note précitée 282[2], pp. 407-408), l'équité ne serait pas satisfaite; car le rapport se ferait aux seuls cohéritiers créanciers en vertu de cette loi; or, en vertu des autres lois régissant certaines parties de la succession, il peut exister d'autres héritiers, qui n'en profiteraient pas et seraient désavantagés. C'est à la pluralité des successions qu'il faut imputer la responsabilité de l'iniquité.

Peut-être une amélioration pourrait-elle résulter de l'application de la suggestion présentée par M. François Boulanger dans sa thèse, précitée 281[7], n° 194-2. Il s'agit d'adopter, en législation, la solution de l'article 50 du traité interaméricain de Montevideo (19 mars 1940, Clunet 1957.501), qui consiste à considérer le rapport en valeur comme une obligation ordinaire, payable à chacune des successions proportionnellement à la part que l'héritier gratifié y prend. Ce système cadre assez bien avec l'analyse du rapport, que nous présentons ultérieurement (*infra* n° 400-455).

283[1]. Turin 15 mars 1806, *Bolla*, sous l'arrêt de rejet du pourvoi: Req. 15 déc. 1807, S. chronol., Journal des Audiences de la Cour de Cassation, 1808.34.

rattachement de la Savoie à la France en 1860[2], et lorsque le donateur possède une nationalité différente à la date de la donation et à celle de son décès[3].

Mais dans la façon de traiter ce type d'affaires, les tribunaux suivent très exactement la méthode qu'ils appliquent aux conflits dans le temps. A l'époque où sont intervenues les quelques décisions que nous connaissons, la théorie ambiante en cette matière était celle du respect des droits irrévocablement acquis; c'est à celle-ci qu'elles se réfèrent expressément[4]. La doctrine approuve la solution[5]. Il est en effet admis que les conflits mobiles doivent être résolus, en principe, selon les règles du droit transitoire, et qu'ils échappent dans une large mesure aux impératifs du droit international[6].

284. — L'existence de solutions différentes, selon que le conflit à résoudre relève du droit international privé pur ou d'un droit international mitigé par l'intervention du temps, met en évidence l'influence dans le droit international privé de facteurs particuliers, dont nous avons déjà relevé l'importance[1]. Aussi doit-on accueillir avec circonspection la qualification successorale du mécanisme de l'avancement d'hoirie donnée en cette matière. Cependant les anciens arrêts favorables à la qualification contractuelle, rendus en matière de conflits mobiles, peuvent être dans l'erreur; il suffirait pour cela que la solution des conflits dans le temps confirme la qualification successorale.

B. — La solution des conflits de droit transitoire:

285. — Les conflits de lois dans le temps ont souvent été résolus par l'application de la loi régissant la dévolution de la succession du disposant. Cette jurisprudence peut paraître traduire la qualification successorale de l'avancement d'hoirie. Mais son étude analytique révèle

---

283[2]. Civ. 16 mars 1880, *Dunand*, D. 1880.1.201, S. 1882.1.174; et sur renvoi: Grenoble 23 mars 1881, D. 1886.1.74 (sous Req. 10 fév. 1885). Ces arrêts se réfèrent au texte du décret d'annexion; mais son interprétation laisse transparaître la volonté d'appliquer la règle classique des conflits mobiles.

283[3]. Trib. civ. Seine 13 juill. 1869, *Willemin*, S. 1870.1.97, sous Paris 7 janv. 1870.

283[4]. Aussi ne saurait-on retenir la position de MM. Maury et Vialleton (Planiol et Ripert, t. 4, n° 623, p. 860, texte et note 2), qui affirment que dans ces espèces, la donation se trouvant dispensée de rapport suivant la loi régissant la libéralité et la loi successorale admettant la dispense de rapport, il était logique que fût respecté le préciput, lequel n'a pas besoin d'être exprès en droit français.

283[5]. Batiffol, *Traité...*, 1959, n° 677; Pillet, *Traité...*, t. 2, 1924, n° 596, p. 401; Popovilyeff, th. cit. 281[7], n° 271, p. 424.

283[6]. Cf. Batiffol: — sur le principe: *Traité...*, 1959, n° 320; — sur les limites du principe: *Conflits mobiles en droit transitoire*, Mélanges Roubier, Paris 1961, t. I, pp. 39-52. *V.* aussi, pour exemple, Foyer, th. cit. 260[6], not. n° 21-28.

284[1]. *Supra* n° 263.

qu'il est peu de périodes dans le passé au cours desquelles c'est à la qualification qu'on peut attribuer la solution, et qu'aujourd'hui l'application de la loi successorale semble définitivement rejetée.

286. — La jurisprudence du début du XIXe siècle appliquait au régime de l'avancement d'hoirie la loi en vigueur au moment de l'ouverture de la succession.

Les premiers conflits naquirent de la législation de la Révolution. Reprenant et complétant les lois du 7 mars 1793 et du 5 brumaire an II, la loi du 17 nivôse an II[1] imposait aux héritiers descendants et collatéraux le rapport de toutes les libéralités reçues du défunt. Il n'y avait donc plus de possibilité de préciput, Cette loi, expressément rétroactive, régissait toutes les successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789 et s'appliquait aux libéralités se rattachant à ces successions, quelles que soient leurs dates. Seule était respectée la faculté de se dégager du rapport en répudiant l'hérédité, si la loi de la donation antérieure à 1789 l'ouvrait. Mais le législateur revint sur cette rétroactivité par plusieurs textes, et principalement par la loi du 18 pluviôse an V. De là le conflit: les donations antérieures à la loi de nivôse, adressées à des héritiers venant à une succession ouverte sous l'empire de cette loi, étaient-elles soumises au rapport?

La loi de pluviôse an V indiquait dans son article premier: « Les avantages, préciputs, donations entre vifs, institutions contractuelles, et autres dispositions irrévocables de leur nature, légitimement stipulés en ligne directe avant la publication de la loi du 7 mars 1793, et en ligne collatérale ou entre individus non parents antérieurement à la loi du 5 brumaire an II, auront leur plein et entier effet, conformément aux anciennes lois, tant sur les successions ouvertes jusqu'à ce jour que sur celles qui s'ouvriront à l'avenir ». La loi de nivôse n'était donc pas abrogée, mais épurée de sa rétroactivité. La rétroactivité de la loi résidant, selon l'idée de TRONCHET, promoteur du texte nouveau, dans son application à des actes irrévocables antérieurs, les donations faites avant l'entrée en vigueur des lois révolutionnaires restaient soumises au rapport obligatoire sauf celles qui seraient jugées irrévocables par les Tribunaux[2].

La jurisprudence décida que la loi nouvelle imposant le rapport devait être appliquée aux donations faites sous l'empire des lois anciennes qui déclaraient préciputaires les libéralités à successibles, lorsque la succession s'ouvrait sous l'empire de la loi de nivôse[3]. C'était soumettre le rapport à la loi de dévolution de la succession. Mais il ne s'agissait pas du résultat d'une qualification de l'institution. Les arrêts se fondaient

---

286[1]. *Supra* n° 15.

286[2]. ROUBIER, *op. cit.* 258[2], 2e éd., n° 20 p. 78 et n° 76 p. 372.

286[3]. Civ. 23 messidor an IX, *Milon*; Civ. 16 brumaire an XIII, *Serpillon*; Req. 21 mars 1808, *Cazier - Des Perrières*; tous au S. chronol.

Contra: Civ. 2 pluviôse an XII, *Leprevot*, S. chronol., arrêt d'espèce fondé sur l'irrévocabilité de l'acte et sur la renonciation des gratifiés à la succession, qui les dispensait de tout rapport, même selon la loi successorale.

tous sur l'interprétation du terme « irrévocable », qui désignait dans la loi de pluviôse les libéralités qui pouvaient produire l'effet que leur attribuait l'Ancien Droit. Etaient considérés comme irrévocables les préciputs expressément stipulés et les institutions contractuelles[4], mais non les préciputs légaux. Cette interprétation était d'ailleurs erronée, la loi de pluviôse comprenant tous les préciputs parmi les libéralités irrévocables, et tout préciput étant au moins aussi irrévocable que n'importe quel contrat. Mais elle correspondait de façon visible au souci des tribunaux d'assurer le champ d'application le plus large possible à la règle de l'égalité, principe majeur de la Révolution[5].

Parfois se mêlait à l'exégèse et à l'idéologie une analyse successorale du mécanisme du rapport. Mais elle restait toujours en arrière-plan, figurant dans les conclusions du ministère public, jamais dans les arrêts[6]. La qualification successorale pouvait se justifier dans une législation qui rendait le rapport obligatoire pour tout héritier, si tant est que le juge du conflit doit qualifier d'après la loi nouvelle. Donc, même si la qualification avait joué un rôle plus grand dans l'application de la loi successorale que ne le font apparaître les arrêts, on ne saurait considérer la jurisprudence révolutionnaire comme probante pour l'analyse de l'avancement d'hoirie tel qu'il résulte de la législation actuelle, qui repose sur des principes fort différents.

Pourtant, après la promulgation du Code Civil, la solution des conflits ne changea pas. La jurisprudence continua de soumettre à la loi en vigueur à l'ouverture de la succession toutes les libéralités qu'elle qualifiait de révocables, et à la loi en vigueur lors de la donation les seuls actes estimés irrévocables, principalement les préciputs exprès[7]. Il en allait de même en ce qui concernait la réduction, qu'on distinguait d'ailleurs mal du rapport à cette époque.

Cette jurisprudence se comprend: elle repose sur l'interprétation du principe de non rétroactivité des lois qu'avait lancée Tronchet en rédigeant la loi de pluviôse an V. Selon cette théorie, est rétroactive la loi qui s'applique à un acte juridique ou à un contrat antérieur devenu irrévocable; la jurisprudence doit exclure la solution du conflit qui aboutit à ce résultat. Par contre la loi nouvelle peut s'appliquer, sans porter atteinte au principe de non rétroactivité, aux actes qui ne présentent pas ce caractère d'irrévocabilité lors de sa publication. C'était le germe de la doctrine des droits acquis[8].

286[4]. Req. 22 messidor an V, *Rivoire*; Civ. 25 nivôse an XIII, *Dumare-Faure*; au S. chronologique.

286[5]. Cf. les attendus subsidiaires des arrêts précités 286[3].

286[6]. Cf. Req. 21 mars 1808, *Cazier - Des Perrières*, S. chronologique.

286[7]. Req. 15 déc. 1807, *Bolla*, S. chronol., Journal Aud. Cass. 1808.34; Gènes 20 juin 1807, *Levaretto*, et sur pourvoi: Civ. 14 déc. 1809, S. chronol.; Civ. 5 déc. 1815, *Belloc*, S. chronol.; Civ. 27 août 1822, *Thévenin*, S. chronol., Journal Aud. Cass. 1822.470.

286[8]. Roubier, *op. cit.* 258[2], 2e éd., nº 20 p. 78.

Les tribunaux, ayant adopté le critère de distinction de la loi de pluvôise, continuèrent tout naturellement à déclarer les libéralités révocables ou irrévocables de la même façon que sous la loi de nivôse. La persistance de l'influence de la loi de pluviôse prive cette jurisprudence de toute valeur pour la recherche de la qualification de l'avancement d'hoirie sous l'empire du Code Civil; ces arrêts ne qualifient d'ailleurs pas l'institution, ni directement, ni indirectement.

287. — Assez rapidement cependant, l'influence des textes du droit intermédiaire se dissipa. Des arrêts fondant l'application de la loi nouvelle exclusivement sur l'analyse du rapport en un mécanisme successoral apparurent[1].

Cette jurisprudence trouvait des appuis dans la doctrine qui avançait des arguments indépendants de la révocabilité des libéralités à successibles ne contenant pas de clauses précises sur le rapport. MERLIN[2] présente une théorie permettant à une loi nouvelle d'introduire des causes de résolution dans les contrats en cours; mais, trop originale, elle ne retient pas l'attention[3]. Cet auteur influent relève aussi, et c'est cela qui est important, que le rapport est une condition de successibilité, une des règles de la dévolution successorale, qui est par conséquent sous l'empire de la loi de la succession; pour lui la jurisprudence illustre ce point de vue. GRENIER exprime sans ambiguïté cette position: la loi qui régit la succession peut parfaitement décider que le rapport sera ou ne sera pas une condition de la venue du donataire à la succession[4].

La jurisprudence se fixe sur la solution consistant à donner effet à la loi nouvelle par déduction de la qualification successorale du rapport[5]. La Cour de Cassation décide notamment que le rapport d'une institution contractuelle doit se faire conformément à la loi en vigueur à l'époque

---

287[1]. Civ. 5 mai 1812, *De Beauvoir*; Bruxelles 30 mai 1812, *Paternoster*; au S. chronologique.

287[2]. MERLIN (de Douai), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5e éd., V° *Effet rétroactif*, t. V, 1827, Sect. III, § III, art. VI *De la résolution, révocation et réduction des contrats*; et V° *Rapport à succession*, t. XIV, 1828, § II, art. IV.

287[3]. Cf. ROUBIER, *op. cit.* 258[2], 2e éd., n° 76 p. 372. Pour MERLIN, le législateur peut introduire de nouvelles causes de résolution dans les contrats en cours, si ces causes dérivent de faits postérieurs à la nouvelle loi et dépendent uniquement de la partie contre laquelle sera poursuivie la résolution; le rapport pouvant être analysé en une résolution, la loi nouvelle l'imposant peut s'appliquer, car il dépend de la volonté du donataire d'y échapper en renonçant.

287[4]. GRENIER, *Traité des donations et des testaments*, t. II, 1812, p. 248.

287[5]. M. le Doyen ROUBIER, *op. cit.* 258[2], 2e éd., n° 76 p. 373, croit déceler une certaine hésitation dans la jurisprudence du XIXe siècle. Mais les arrêts qu'il cite comme décidant l'application de la loi du contrat relèvent de circonstances particulières. Req. 22 mess. an V, *Rivoire*, et Civ. 27 août 1822, *Thévenin*, S. chronol., visent des préciputs exprès, qui sont respectés même dans un système d'analyse successorale du rapport. Le trouble ne naît qu'à la fin du siècle, avec les arrêts sur les conflits mobiles de droit international privé.

de l'ouverture de la succession, et que la réduction, qu'elle confond expressément avec le rapport (comme souvent à cette époque), est régie par la loi nouvelle[6].

Il existe au XIXe siècle un courant doctrinal favorable à l'application de la loi en vigueur lors de la confection de la libéralité, mais il est faible. CHABOT de l'Allier en est le promoteur; se dégageant de l'influence de la jurisprudence révolutionnaire, cet auteur estime que soumettre au rapport une libéralité que la loi sous laquelle elle a été contractée en dispensait, c'est porter atteinte à l'irrévocabilité du contrat[7]; l'idée a ensuite été soutenue par AUBRY et RAU[8]. Mais les tenants de cette position ont conscience d'aller à l'encontre de la jurisprudence.

Les arrêts intervenus à propos des conflits mobiles de droit international privé, qui se rattachent à la matière du droit transitoire, paraissent apporter leur appui à l'analyse contractuelle du mécanisme du rapport[9]. Mais il est difficile de les considérer comme marquant un revirement de jurisprudence, à cause de l'intervention dans chacune de ces décisions d'arguments particuliers à l'espèce, notamment, dans le cas le plus probant en faveur de la loi du contrat, l'existence d'une clause du traité d'annexion[10].

Le courant favorable à l'analyse contractuelle prend une grande importance à la fin du siècle[11], mais continue à souffrir du défaut de jurisprudence nette. Les auteurs reconnaissent d'ailleurs le caractère ambigu de l'institution. Cette doctrine permit de dégager la place véritable de la volonté à la base de l'avancement d'hoirie.

288. — L'application de la loi en vigueur à l'époque de confection de la libéralité adressée au successible ne fut consacrée en jurisprudence qu'à l'occasion des conflits nés des réformes de 1938. La qualification contractuelle de l'avancement d'hoirie est nettement dégagée par ces arrêts. Ils marquent le point final de la controverse; aussi les examinerons-nous à l'appui de la prédominance du caractère contractuel de

---

287[6]. Req. 23 avr. 1839, *Dutil*, S. 1839.1.587, D. 1839.1.204; Req. 29 mars 1842, *De Brivazac - De Lalyman*, S. 1842.1.461, D. 1842.1.171.

287[7]. CHABOT de l'Allier, *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, 1829, t. 2, p. 209.

287[8]. AUBRY et RAU, 4e éd., t. 1, 1869, § 30, pp. 75-77.

287[9]. Civ. 16 mars 1880, *Dunand*; Grenoble 23 mars 1881, *Dunand*; Trib. civ. Seine 13 juill. 1869, *Willemin*; Turin 15 mars 1806, *Bolla*; cités supra 283[1-2-3].

287[10]. Le décret d'annexion de la Savoie stipulait dans son art. 3 que les donations seraient quant à la *révocation* régies par leur loi d'origine. C'est l'argument mis en avant par les arrêts *Dunand*. Dans l'affaire *Willemin* le tribunal précise que l'acte litigieux n'était pas une véritable libéralité, et était en conséquence soustrait au rapport même selon la loi successorale. Dans l'affaire *Bolla*, il existait une clause expresse de préciput, qu'il fallait respecter quelque fût la loi successorale.

287[11]. DEMOLOMBE, t. 1, n° 48; LAURENT, t. 1, 1878, n° 243; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 3014-3016, BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, t. 1, 1907, n° 166.

l'institution[1]. Cependant on a pu se demander récemment s'il ne s'agissait pas d'une simple étape dans l'évolution de la jurisprudence.

289. — Certains arrêts de la Cour de Cassation ont pu laisser croire qu'il existait dans la jurisprudence actuelle une tendance favorable à la qualification successorale du mécanisme du rapport[1].

Un arrêt de la Chambre Civile en date du 7 janvier 1957 applique une donation faite en 1929 la règle d'établissement du montant du rapport en moins prenant, qui était en vigueur en 1950, époque du décès, c'est-à-dire l'évaluation du bien à la date de la donation au lieu de l'évaluation à la date du partage[2].

Mais les circonstances de l'affaire limitent la portée de la décision. Il apparaît qu'en l'espèce les parties avaient stipulé, sinon la fixation du montant du rapport à un forfait correspondant exactement à la valeur du bien lors de la donation, du moins son calcul d'après l'évaluation à cette date[3], et qu'en tous cas il n'y avait pas de place pour le jeu des règles légales; l'évaluation du bien à la date de la donation était l'effet des clauses du contrat et non celui de la loi de 1938. La mention que « la donation se trouvait, quant au rapport, régie par les dispositions de l'article 860 nouveau » est visiblement inspirée dans l'arrêt d'appel par le désir de renforcer la conclusion à laquelle l'analyse des clauses du contrat l'avait conduit. La Cour de Cassation semble adopter la formule uniquement pour éviter de casser, pour l'insertion d'une formule surabondante erronée, un arrêt qui était justifié par ailleurs. On peut aussi penser que la Cour de Cassation, faisant confiance à la Cour d'Appel, a confondu la règle de conflit relative au calcul du rapport (art. 860 C.civ.) avec celle relative au calcul du rapport fictif prévu par l'article 922 du Code Civil. Les commentateurs de cet arrêt s'accordent à le considérer comme un accident. Seul M. Pellegrin l'estime lourd de sens[4]; toutefois il reconnaît qu'étant donné, sans doute, le peu de clarté des circonstances, on ne peut pas y voir le signe certain d'un revirement de jurisprudence. Mais il lui trouve le renfort d'une autre décision.

Un arrêt de la Chambre Civile, rendu le 11 mars 1958[5], applique la loi en vigueur lors de l'ouverture de la succession au calcul du rapport des avancements d'hoirie issus de la conversion d'une donation-partage

---

288[1]. *Infra* n° 306.

289[1]. Les comparatistes relèveront aussi que la Cour de Cassation italienne, dans un système de droit des libéralités et des successions semblable au nôtre, qualifie la collation d'institution successorale et lui applique en conséquence la loi en vigueur lors de l'ouverture de la succession: Cass. Ital. 10 fév. 1947, Foro italiano 1948.1.636, note Bartolomei, cité par De Nova *in* R.C.D.I.P. 1950, p. 352.

289[2]. Civ. 7 janv. 1957, *Vargues*, J.C.P.N. 1958.2.10888, obs. anonymes, J.N. 1958 art. 45651, note Raison, obs. Savatier R.T.C. 1959.135.

289[3]. Suivant le procédé rapporté supra 232[3].

289[4]. Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse Grenoble 1960, éd. Paris 1961, n° 146, pp. 220-221.

289[5]. Civ. 11 mars 1958, *Blanchard*, J.N. 1959 art. 45960, note Raison.

annulée pour omission d'enfant, « attendu que, si la donation-partage, acte complexe, crée entre les donataires et les donateurs, du vivant de ces derniers, et encore entre les donataires copartagés, des rapports susceptibles d'être régis par la loi existant au moment de la formation du contrat, les droits de l'enfant omis dans le partage étant essentiellement d'ordre héréditaire et ne prenant naissance qu'avec la qualité d'héritier, c'est-à-dire au décès de l'ascendant donateur, les conditions d'exercice et les effets du rapport des cohéritiers à la masse partageable sont nécessairement déterminés par la loi en vigueur au jour de l'ouverture de la succession ». La formule utilisée contredit mot pour mot celle à laquelle la jurisprudence classique fait appel: « l'obligation au rapport et ses modalités étant principalement d'ordre contractuel, sont régies par la loi en vigueur lors du contrat »[6]. Certains auteurs y ont vu un flottement, voire même un revirement caractérisé de la jurisprudence, revenant à l'analyse successorale du rapport[7].

290. — Il nous semble que cet arrêt est plutôt l'expression d'un principe selon lequel, lorsque le rapport est intégré à une autre institution que la donation ordinaire, il suit le régime de cette autre institution.

La jurisprudence antérieure en fournit un autre exemple, tout à fait semblable puisqu'il s'agit aussi du rapport après conversion d'une donation-partage. Un arrêt de la Cour de Toulouse du 31 octobre 1955[1] avait à déterminer le montant du complément de part, que devaient offrir les cohéritiers d'un enfant lésé par une donation-partage pour éviter la rescision de l'acte. Ce montant devait évidemment être équivalent à ce que l'enfant lésé eût obtenu en plus de sa part lésionnaire dans un partage refait après rescision. La Cour relève, fort exactement, que les attributions du partage d'ascendant annulé se tranforment en vertu de l'article 1078 alinéa 4 du Code Civil en avancements d'hoirie figurant dans la masse à partager; et elle décide que le rapport de ces avancements d'hoirie, antérieurs aux réformes de 1938, mais relatifs à une succession ouverte postérieurement, doit se faire en moins prenant et porter sur la valeur des biens à la date de la donation, conformément à la loi successorales « attendu qu'en la matière spéciale du partage d'ascendant le rapport représente, en effet, une modalité de l'action en rescision elle-même, laquelle ne peut être engagée qu'après l'ouverture de la succession, le droit de l'exercer ne prenant naissance qu'au décès du donateur,... ce caractère héréditaire commandant l'application des dispositions des articles 859, 860 du Code Civil, modifiés par le décret-loi du 17 juin 1938... ». Le raisonnement de la Cour est très solide[2]. Le rapport dû

289[6]. *V. infra* n° 306.

289[7]. Raison, note précitée 289[5], pour lequel se dessinait un retour à la jurisprudence du XIX[e] siècle, appliquant le statut successoral à tous les cas dans lesquels le rapport n'a pas été réglé expressément et irrévocablement par le disposant; Pellegrin, th. cit. 289[4], n° 146, pp. 221-222.

290[1]. Toulouse 31 oct. 1955, *Rouziès*, J.C.P. 1956.2.9041, obs. Voirin.

290[2]. Voirin, obs. précitées 290[1].

en vertu de l'article 1078 alinéa 4 ne repose pas sur la volonté du disposant, qui ne l'a pas prévu, le partage d'ascendant étant exclusif de tout rapport. Il apparaît comme la conséquence de la rescision du partage. De même que la rescision, il doit être régi quant aux conflits de lois par la législation successorale, qui est compétente pour régler les problèmes naissant d'une donation-partage après le décès du disposant et entre héritiers[3].

La Cour de Cassation a, par la suite, décidé que le complément de part doit être calculé d'après la valeur des biens à l'époque à laquelle les cohéritiers avantagés l'offrent, c'est-à-dire au temps du partage général de la succession[4]. Comme cette prise de position est intervenue à propos d'espèces dans lesquelles l'acte était antérieur à 1938, on peut être tenté de se demander si implicitement la haute juridiction ne considère pas que c'est la loi en vigueur à l'époque de la libéralité, laquelle prenait en compte la valeur des biens au partage, qui régit le rapport des avancements d'hoirie contenus virtuellement dans une donation-partage. En réalité dans ces arrêts la Cour prend le parti d'ignorer la correspondance qui doit exister entre le complément de part et la rescision du partage d'ascendant transformé en avancements d'hoirie, elle statue en équité[4]. La règle selon laquelle la loi applicable au rapport des avancements d'hoirie intégrés à des libéralités spéciales est celle qui régit ces libéralités, n'est pas en cause.

Au contraire, un arrêt de la Chambre Civile du 3 novembre 1964[5] vient, semble-t-il, d'apporter une confirmation au principe dégagé. Il s'agissait à nouveau de déterminer la loi applicable au rapport des avancements d'hoirie issus de la rescision d'une donation-partage. La Cour de Cassation décide en faveur de la loi de la succession du disposant.

La solution est particulièrement significative. Les arrêts précédents laissaient subsister un doute quant au titre auquel la loi de la succession du donateur s'appliquait: était-ce parce que l'avancement d'hoirie intégré à une libéralité de caractère particulier perd son autonomie au profit du régime de cette opération, ou était-ce parce que le rapport en cas de conversion d'un partage d'ascendant devient un élément de la rescision pour lésion ou de l'annulation pour omission d'enfant et que la loi applicable à la lésion ou à la prétérition est la loi successorale[6] ? En l'espèce, la loi de la rescision et la loi de la succession différaient; la donation-partage était conjonctive, par conséquent la loi de la rescision était la loi du décès du survivant des époux, alors que la loi de la succession du disposant pouvait tout aussi bien être celle du décès du prémourant. Or la Cour applique au rapport des biens donnés par le conjoint prédécédé la loi de la succession de celui-ci.

290[3]. *V. supra* n° 275.

290[4]. *Supra* n° 246.

290[5]. Civ. 3 nov. 1964, *Schwindenhammer*, G.P. 1965.1.18, J.C.P. 1965.2.14156, obs. P. LAGARDE, J.N. 1965 art. 47487, obs. RAISON.

290[6]. En ce sens: VOIRIN, obs. précitées 290[1], sous Toulouse 31 oct. 1955, *Rouziès*, et peut-être cet arrêt.

Peut-être la Cour ne refuse-t-elle de se prononcer en faveur de la loi de la rescision que parce que le partage était conjonctif, et que, le caractère conjonctif disparaissant rétroactivement dès la rescision, elle estime illogique d'appliquer la loi de la succession de l'un des époux à un avancement d'hoirie issu de la succession de l'autre? L'argument serait faible, surtout au regard de l'ampleur des conséquences fâcheuses de la solution: les enfants sont soumis à un régime de rapport différent selon que leurs biens proviennent de la succession de leur père ou de leur mère, décédés l'un avant la réforme de 1938 et l'autre après; ils peuvent subir le rapport en nature, alors que le but de l'article 1078 nouveau, appliqué en l'espèce, est de maintenir les attributions; un immeuble aliéné issu d'une succession ouverte avant 1938 doit être rapporté pour sa valeur au décès, alors que la lésion a été appréciée selon sa valeur lors de la donation-partage. L'application de la loi de la rescision eût conduit à un régime unique et cohérent. Si effectivement le système de base est le rattachement à la loi de la rescision, on peut lui trouver une justification parfaitement valable; le rapport est un aspect de l'annulation du partage anticipé, il est donc soumis à la loi qui régit cette annulation; un spécialiste du droit international, M. Paul LAGARDE, relève que, si l'article 1078 alinéa 4 du Code Civil opère un « renvoi » à la réglementation de l'avancement d'hoirie, ce n'est qu'à la teneur matérielle des règles actuelles du rapport et non à la vocation de cette institution à résoudre l'ensemble des problèmes posés par l'annulation du partage d'ascendant, dont celui des conflits de lois, qui dès lors suit la loi de l'annulation[7]. Remarquons d'ailleurs que la solution n'est pas incompatible avec la raison générale qui justifie l'application de la loi successorale au partage d'ascendant: la particularisme du rapport inclus dans une institution autre que l'avancement d'hoirie ordinaire.

Ce particularisme est encore illustré par le cas du rapport de l'institution contractuelle. La Cour de Cassation dans un arrêt du 15 janvier 1952 décide de lui appliquer la loi en vigueur lors du contrat[8], parce que l'institution contractuelle est une opération de nature contractuelle: « attendu que, si l'institution contractuelle présente une nature juridique hybride, le caractère prédominant d'un tel acte... demeure traditionnellement d'ordre contractuel; que l'obligation au rapport d'immeuble à fin d'égalité et les modalités de celui-ci imposées et acceptées dans l'acte lui-même participent nécessairement de ce caractère principal ».

291. — Il est donc impossible de voir dans les arrêts de 1958 et de 1964, non plus que dans celui de 1957, l'indication d'une qualification successorale générale du rapport. La jurisprudence n'a pas changé d'orientation, elle a simplement tenu compte de circonstances particulières. Sa stabilité est confirmée par la reprise, dès qu'il s'est agi de

---

290[7]. P. LAGARDE, obs. précitées 290[5], I-B.

290[8]. Civ. 15 janv. 1952, *Bertrand*, J.C.P. 1952.2.6944, obs. du conseiller CAVARROC, S. 1954.1.185, note BATIFFOL.

libéralités ordinaires, de la formule devenue traditionnelle: « L'obligation au rapport et ses modalités, étant principalement d'ordre contractuel, sont régies par la loi en vigueur lors du contrat »[1].

Cette formule se justifie pleinement, car les obstacles à la qualification successorale pure, qui ont empêché la jurisprudence de lui donner son appui, sont tels que le caractère contractuel du rapport prédomine.

Section III

PRÉDOMINANCE DU CARACTÈRE CONTRACTUEL

292. — L'existence d'importants éléments d'ordre successoral dans l'organisation de l'avancement d'hoirie est indéniable. Mais elle est contrebalancée par l'intervention de l'origine volontaire et contractuelle du rapport. L'avancement d'hoirie apparaît comme une institution hybride (§ 1). Et dans cet ensemble la part contractuelle se révèle d'une importance prépondérante; les caractères successoraux lui cèdent le pas, et c'est elle qui emporte la décision dans les litiges de droit transitoire (§ 2).

291[1]. Civ. 15 juin 1960, *Dubost*, J.C.P. 1961.2.11969, obs. Voirin, D. 1961.J.508, note Meurisse, obs. Savatier R.T.C. 1961.351, J.N. 1961 art. 46485 note Raison. Et Civ. 28 avr. 1965, *Le Bot*, Bull. Cass. Civ. 1965.1.199, J.C.P. 1965.4. p. 79.

L'arrêt *Le Bot* de 1965 est relatif, non à un véritable rapport (à fin d'égalité), mais à une réduction de donation à héritier, soumise à l'article 866 C.civ. (rapport à fin de réduction). Mais, ayant qualifié l'opération de *rapport*, c'est sur cette qualification qu'il fonde l'application de la loi ancienne, en vertu de la formule traditionnelle. Le résultat en est, sur le plan théorique, que la formule classique relative au rapport se trouve clairement réaffirmée, et, sur le plan pratique, que l'arrêt fait erreur, car, s'agissant d'une réduction, c'est la loi nouvelle qui devait s'appliquer (*v. supra* n° 258).

Certes l'arrêt *Le Bot* est mal venu, et, si l'arrêt *Schwindenhammer* marquait un revirement de jurisprudence, son aptitude à effacer celui-ci serait douteuse. Mais, même si cet arrêt *Schwindenhammer* de 1964 n'a pas le sens que nous lui attribuons, et qui se place dans un courant jurisprudentiel, il est peu probable qu'il ait plutôt le sens d'un triomphe de la qualification successorale de l'avancement d'hoirie. De même que les décisions de 1957 et de 1958 dans l'opinion de la plupart des commentateurs, il prendrait plus vraisemblablement place dans la catégorie des arrêts maladroitement rédigés, qui ne changent rien à la jurisprudence classique appliquant la loi du contrat à l'avancement d'hoirie.

En effet il contient deux phrases favorables à l'application de la loi de la succession au rapport. La première — *en cas de partage conjonctif, la faculté prévue par l'alinéa* 4 *(de l'art.* 1078) *ne laisse subsister que deux donations différentes, qui doivent être considérées comme faites en avancement d'hoirie, et dont le rapport est régi par les règles applicables à la succession de chacun des ascendants donateurs* — peut être interprétée comme ne visant que la séparation du règlement des successions des disposants, à la suite de la disparition de la conjonctivité. La seconde — *en refusant de prendre en considération la date du décès de la dame S. pour déterminer l'étendue et les conditions d'exercice du rapport, l'arrêt attaqué a violé (l'art.* 1078) — peut très bien être une pure constatation de fait, qui se trouve en l'espèce être vraie même dans le cadre de la jurisprudence appliquant la loi de la donation au rapport, parce qu'en l'occurrence la loi du décès et celle de la donation, événements presque contemporains, étaient identiques (cf. Raison, obs. au J.N. 1965 art. 47487).

§ 1. — La nature hybride de l'avancement d'hoirie.

L'importance de la stipulation qui est à l'origine du rapport suscite une qualification concurrente de la qualification successorale qui ressort de son intégration dans la dévolution héréditaire. C'est la source d'une complexité, dont il s'agit de tirer les conséquences.

A. — Importance de la stipulation originaire :

293. — Il s'impose de reconnaître une place essentielle dans la structure de l'avancement d'hoirie à l'acte libéral du disposant.

C'est cet acte qui détermine l'existence même de l'obligation de l'héritier au rapport de la libéralité qui lui est adressée. Il est parfois positif, prescrivant expressément la restitution du don ou du legs à la succession. Il est fréquemment négatif, excluant le rapport, ainsi que le lui permet l'article 843 du Code Civil. Le plus souvent il se présente de façon neutre, ne contenant aucune précision apparente quant au rapport. La jurisprudence recherche alors s'il contient une dispense. Elle s'attache à découvrir les intentions du disposant à travers les implications de l'ensemble des stipulations et de leur contexte. Ainsi, en ce qui concerne les legs, avant la loi de 1898 elle relevait volontiers le moindre indice d'une volonté préciputaire, parce que le testateur n'avait guère pu désirer un rapport qui privait le legs de son sens à cette époque. En ce qui concerne les dons, les tribunaux sont sensibles à la signification de la forme déguisée d'une donation, ou de la faible importance de son émolument (ainsi qu'y invite la loi dans l'article 852 du Code Civil). Cette quête des indices est révélatrice de la place essentielle de la volonté dans l'existence du rapport et dans sa nature. Elle est en contradiction avec la lettre de l'article 843, qui exige une clause expresse pour qu'il y ait dispense de rapport ; c'est que les termes restrictifs de la loi sont eux-même en désaccord avec l'esprit de l'institution, axé sur le respect de la volonté du disposant. L'attention minutieuse portée aux manifestations de volonté contenues dans l'acte libéral atteste que celui-ci n'est pas cantonné dans une fonction de déclenchement du rapport.

De même c'est à la stipulation originaire qu'est dévolu le pouvoir d'organiser la technique d'exécution du rapport de la libéralité. Le disposant peut imposer le mode de restitution de son choix, en nature ou en valeur, déterminer la date d'évaluation du montant du rapport en moins prenant, ou fixer ce montant à forfait.

Sans doute, souvent la volonté ne se manifeste point. La loi la supplée, de façon fort artificielle parfois, édictant des dispositions que le *de cujus* n'a pas pu vouloir. Il est des cas où elle prescrit le rapport dans des circonstances qui démentent l'intention fictivement attribuée aux parties: par exemple, lorsque le gratifié n'acquiert la qualité de successible qu'après l'acte, ou encore lorsque le gratifié est un collatéral,

dont on conçoit mal que le disposant veuille, tout en le dotant, le maintenir à égalité avec les autres successibles collatéraux. Il en va de même pour le système supplétif de calcul du rapport.

Mais cette constatation n'altère nullement la conception de base: l'avancement d'hoirie est sous la dépendance de la volonté, qui peut le créer et l'organiser à son gré. Ainsi que l'exprime l'article 843 du Code Civil à propos des legs, la loi ne fait que « réputer » voulues les règles qu'elle pose. Cependant l'aspect institutionnel de l'avancement d'hoirie est toujours présent, dans la réglementation du rapport comme dans son rôle successoral, à côté de son aspect volontaire. L'analyse débouche sur une pluralité de qualifications.

B. — Pluralité de qualifications :

294. — Le rapport est saisi par diverses qualifications concurrentes. L'une le rattache aux institutions successorales; c'est celle à laquelle conduit l'examen des effets de l'avancement d'hoirie sur la dévolution et la répartition de l'hérédité et la constatation de l'existence de règles que l'on ne peut pas attribuer à la volonté du disposant. L'autre le rattache au contrat, à l'acte libéral consenti par le *de cujus*; c'est celle qui est issue de la considération de l'origine du rapport et de l'efficacité des stipulations du disposant sur sa structure. Le rapport apparaît donc comme une institution hybride. Les auteurs qui, avant que la jurisprudence ne prenne position au XXe siècle, étaient favorables à l'application de la loi du contrat dans les conflits, en ont toujours été pleinement conscients. La qualification successorale ambiante au XIXe et au début du XXe siècle a toujours paru comporter des éléments irrécusables, mais balancés par les éléments d'ordre contractuel[1].

295. — La complexité de la situation n'est pas particulière à l'avancement d'hoirie. On la rencontre aussi dans les autres institutions qui permettent d'intervenir par anticipation dans le règlement de la succession.

L'institution contractuelle, pacte par lequel le disposant assure à l'institué tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès, contrat par lequel il constitue un droit de succession, réunit également les deux aspects, contractuel et successoral. « L'institution contractuelle présente une nature juridique hybride », dit la Cour de Cassation[1]. En effet, par son origine, ses conditions et ses effets immédiats, l'opération participe de la nature du contrat; par son résultat final, elle participe à la dévolution successorale. De façon plus concrète, le rapprochement avec l'avancement d'hoirie s'impose si l'on considère que le plus souvent l'institution contractuelle ne fait que modifier le partage, conférer à l'enfant

---

294[1]. *Supra* n° 287 *in fine*, texte et note 11. Et: Roubier, *op. cit.* 258[2], 2e éd.; n° 76 p. 373; Costes, obs. au J.C.P. 1942.2.2057 *in fine*, et Savatier obs. R.T.C. 1943. 55, sur Limoges 8 déc. 1941, *Moreau*.

295[1]. Civ. 15 janv. 1952, *Bertrand*, J.C.P. 1952.2.6944, obs. du conseiller rapporteur Cavarroc, S. 1954.1.185, note Batiffol.

gratifié le droit de prendre une part plus forte dans la succession, de même qu'en cas de rapport en moins prenant les cohéritiers créanciers du rapport reçoivent davantage[2].

La donation-partage aussi est un « acte complexe »[3] contractuel quant aux relations entre donateur et donataire et entre donataires copartagés antérieures au décès de l'ascendant, successoral quant aux relations postérieures à ce décès entre les descendants gratifiés.

Toutes ces institutions ont en commun l'objet successoral et la mise en œuvre par le moyen d'un contrat. Le contrat vise à régler la dévolution et le partage de la succession. Il s'agit de ce que, sans recourir à une analyse technique, le bon sens qualifie de pacte sur succession future, à cause de la dualité des éléments qui interviennent dans l'opération.

Le problème est de déterminer dans quelle mesure l'institution est sous la dépendance du pacte originaire et dans quelle mesure elle est sous la dépendance de la dévolution successorale finale. Pour les uns, le contrat a pour effet de fixer définitivement les droits des intéressés et de placer l'institution sous l'empire du régime légal en vigueur lors de sa confection[4]. Pour les autres, dans le pacte sur succession future le contrat doit plutôt s'effacer devant le statut successoral[5]. Comment traduire dans le régime de l'institution les diverses qualifications ?

C. — Le problème de l'application des qualifications :

296. — En présence d'une institution présentant une nature hybride, deux possiblités sont ouvertes quant aux conséquences qui découlent de la qualification, dans le domaine des conflits de lois principalement. On peut décider l'application distributive des diverses qualifications selon les règles qu'il s'agit de déterminer, ou bien reconnaître la prédominance à l'une des qualifications et tirer d'elle seule toutes les conséquences.

297. — Le parti de l'application distributive des qualifications en matière de rapport[1] bénéficie de l'appui des solutions acquises en matière de donation-partage. La jurisprudence n'établit aucune hiérarchie entre les caractères contractuel et successoral de l'institution. Elle tire les conséquences de l'un ou de l'autre selon la portée précise du problème à régler. Le régime des actions sanctionnant la lésion, l'omission

---

295[2]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1946.2.3287, II.

295[3]. Civ. 28 nov. 1950, *Bouyoud, Loisel, Blanchard*, J.C.P. 1951.2.5997, obs. Cavarroc, S. 1951.1.193, note Batiffol. Et arrêts cités *infra* 297[2].

295[4]. Voirin, obs. au J.C.P. 1943.2.2342, sous Trib. civ. St-Marcellin 6 mai 1943, *Bouyoud*.

295[5]. Batiffol, note au S. 1943.2.49, 1er point; Level, th. cit. 258[3], nº 151.

297[1]. Batiffol, note au S. 1951.1.193 sous Civ. 28 nov. 1950, *Bouyoud*, et au S. 1943.2.49, 2e col.; *secus*: Donnier, th. cit. 266[1], p. 165.

d'enfant, la disparité des lots, qui sauvegardent les droits héréditaires des copartagés et qui ne naissent qu'après le décès du disposant, est déterminé par la loi successorale[2]. Inversement le régime des relations entre donateur et donataires et des actions entre copartagés avant le décès est régi par la loi du contrat.

En ce qui concerne l'institution contractuelle, les arrêts s'en tiennent encore à leur position traditionnelle, qui, en matière de conflits dans l'espace, fait ressortir la nature successorale de l'opération[3], et en matière de conflits dans le temps insiste sur sa nature contractuelle[4]. Toutefois M. le Doyen BATIFFOL croit déceler l'amorce d'une évolution favorable à l'application distributive de la double qualification que mérite cet acte[5]. Ainsi, en ce qui concerne le droit transitoire, la loi du contrat continuerait à régler les conditions de validité de l'institution et ses effets immédiats (art. 1083 C.civ.). La loi successorale peut s'appliquer à la réduction[6] et elle pourrait sans difficulté régir la vocation de l'institué et son droit d'option. Mais la jurisprudence en la matière est très rare; aussi ne peut-on se référer qu'à la donation-partage.

Dans le cas de l'avancement d'hoirie, pourraient être soumises à la loi de la dévolution de la succession les règles qui apparaissent comme absolument indépendantes du contrat originaire et qui concernent les effets de l'acte après l'ouverture de la succession: telle celle qui exclut les créanciers successoraux du bénéfice du rapport (art. 857 C.civ.), et telles, peut-être, les autres règles que certains ont jugé dipositives[7], et éventuellement les prescriptions de l'actuel article 868, qui peuvent paraître imposer une conception légale de l'égalité successorale[8]. La réduction aussi figurerait dans cette branche de la répartition. Par contre, l'existence même de l'obligation de rapport et ses modalités d'exécution, qui sont réputées prévues par le contrat, relèveraient de la loi de confection de la donation, de même, bien entendu, que les effets immédiats de la libéralité.

297[2]. *V.* sur la lésion: Civ. 28 nov. 1950, *Bouyoud* et *Loisel*, cités 295[3], et Civ. 10 janv. 1955, *Thoreau*, D. 1955.J.164; et sur la prétérition: Civ. 28 nov. 1950, *Blanchard*, cité 295[3]; sur l'inégalité en nature des lots: Civ. 28 mai 1951; *Delacroix*, J.C.P. 1951.2.6386.

297[3]. Cf. BATIFFOL, Traité, n° 654; et Paris 26 fév. 1964, *Gaiofatto*, G.P. 1964.1. 320, concl. MAILHOL, Clunet 1964. 576, D. 1965.J.26, RCDIP 1965.334.

297[4]. Civ. 15 janv. 1952, *Bertrand*, J.C.P. 1952.2.6944 obs. CAVARROC, S. 1954. 1.185 note BATIFFOL; et les arrêts classiques cités par ROUBIER, *op. cit.* 256[1], 1ère éd., t. 2 n° 118.

297[5]. BATIFFOL, note précitée 297[4].

297[6]. Civ. 14 juin 1948, *Oliva*, J.C.P. 1949.2.4661, obs. ROUBIER, S. 1949.1.96; Civ. 24 mai 1949, *Turcan*, J.C.P. 1949.2.4920, obs. CAVARROC, D. 1949.J.495, S. 1950.1.32.

297[7]. *Supra* n° 277.

297[8]. C'est ce que suggère indirectement M. BATIFFOL, note au S. 1943 précitée 297[1]. Mais cela paraît douteux, alors qu'actuellement on admet que l'article 868 n'a pas un caractère différent des autres prescriptions légales sur le mode de rapport.

298. — Le système de l'application distributive des qualifications présente l'avantage de tenir compte de la complexité du caractère de l'institution. Mais on peut se demander si ce respect de la nature de l'avancement d'hoirie n'est pas une affirmation de principe, rebelle à toute concrétisation.

Car la distribution des différentes règles de la matière entre les deux qualifications de rattachement est nécessairement arbitraire, en raison de l'enchevêtrement de celles-ci. Les questions principales, l'existence de l'obligation au rapport et ses modalités, sont essentiellement hybrides. C'est précisément leur analyse qui oppose les deux qualifications. Placer la solution de ces problèmes sous la dépendance de la loi du contrat, c'est faire prédominer celle-ci, sans même reconnaître la complexité de ces règles.

La seule règle que l'on puisse sans contestation mettre sous l'empire de la loi de la succession est celle de l'article 857 du Code Civil, disposition d'ordre secondaire. Quant au régime de la réduction, l'abandonner à la loi successorale serait contraire à la jurisprudence des conflits relatifs à la réserve. Il est simpliste de croire que la loi nouvelle s'applique toujours en cette matière. Au contraire, c'est la loi du contrat de donation qui joue en principe; la loi de la dévolution de la succession ne s'y substitue que lorsque le donataire refuse d'invoquer le respect dû à son droit, parce que la loi nouvelle lui est plus favorable que l'ancienne; alors la qualification successorale, qui existe du seul point de vue des héritiers réservataires, peut sortir à effet[1].

Dans le domaine des libéralités on retrouve sans cesse le mélange des aspects contractuels et successoraux. Leur répartition est contre nature.

299. — Quitte à n'être pas parfaite, la solution qui consiste à attribuer la prédominance à l'une des qualifications, qui déterminera l'issue des conflits de lois, est la seule praticable.

Comment choisir le caractère prédominant? Il est tentant de recourir aux principes généraux du droit actuel et de la logique. C'est ainsi que procède M. le Doyen Batiffol pour justifier la jurisprudence qui applique la loi successorale aux actions en annulation de la donation-partage, dont l'aspect « Partage » est vicié[1].

L'application de la loi de la dévolution héréditaire serait une manifestation du déclin des vues volontaristes dans le droit contemporain. De façon générale, le contrat passe au second plan dans le droit privé.

298[1]. *V. supra* n° 258, texte et note 4.

299[1]. Batiffol, note au S. 1951.1.193, sous Civ. 28 nov. 1950, *Bouyoud*, et *Blanchard*.

Ce serait pourquoi, de façon particulière, la sanction de la lésion dans le partage anticipé est soumise à la loi en vigueur au décès de l'ascendant, alors que son intégration au statut contractuel se conçoit fort bien[2].

Mais le recul du respect de la volonté des parties n'est pas apparent en matière d'avancement d'hoirie. Le *de cujus* a toute liberté d'organiser celui-ci, et il est assuré d'œuvrer efficacement.

La prépondérance de la qualification successorale marquerait aussi la subordination du moyen, qui est le contrat, à la fin poursuivie, qui est le règlement de la succession. Mais il n'est pas certain que cette subordination se rencontre dans tous les types de pactes sur succession future. On peut se demander si le rapport n'est pas, en soi, un effet, ayant un intérêt autonome, dont la cause, contractuelle, mérite davantage d'attention que le résultat, successoral.

Donner la maîtrise du régime à la loi successorale serait enfin préférer les considérations objectives aux considérations subjectives. Car la succession est organisée par la loi dans l'intérêt général, alors que le régime des contrats protège des intérêts particuliers. Mais notre droit ne s'attache-t-il pas à l'intérêt des individus, lorsqu'il permet aux parties de régler une matière?

Le choix peut être indéfiniment discuté, si l'on se place sur le plan des principes généraux pour le faire. Aussi est-il plus sûr de rechercher la solution du problème dans la technique de l'institution.

§ 2. — **Prépondérance de la qualification contractuelle.**

300. — La doctrine et la jurisprudence des conflits de lois dans le temps relatifs à l'avancement d'hoirie ont progressivement dégagé les éléments d'une solution donnant la maîtrise de la matière à la loi du contrat de donation. Leur effort s'est d'abord porté uniquement sur l'exaltation des éléments volontaires dans l'avancement d'hoirie, abstraction faite de leur mode de formulation: mais il s'est révélé inefficace, parce qu'insuffisamment élaboré. Avec le perfectionnement de la théorie des conflits, la jurisprudence a pu reprendre efficacement le raisonnement et mettre en valeur la volonté, non plus tant en soi que par le cadre contractuel dans lequel elle prend forme, et reconnaître en conséquence la stabilité qui lui est dûe.

A. — L'exaltation inefficace de l'origine volontaire de l'avancement d'hoirie en soi :

Les théories attribuant à l'origine volontaire de l'avancement d'hoirie une importance décisive sont passées par deux étapes.

299[2]. Cf. Voirin, obs. au J.C.P. 1943.2.2342, sous Trib. civ. St-Marcellin 6 mai 1943, *Bouyoud.*

301. — Les règles de l'avancement d'hoirie sont voulues par les parties à l'acte, a-t-on d'abord affirmé[1]. En effet il dépend des intéressés d'écarter le rapport ou de le réglementer. La volonté peut être expresse. Elle est souvent présumée; les prescriptions légales sont interprétatives de volonté. Les quelques règles qui, à la rigueur, peuvent être considérées comme inexplicables par le vouloir du disposant, constituent des ilôts légaux isolés dans le courant volontaire, auxquels il ne faut pas s'arrêter.

Or du point de vue des conflits de lois dans le temps, dès que la volonté a réglé un mécanisme juridique, il faut la respecter, sous peine de nier son intervention. La loi de l'époque de sa formulation expresse ou implicite continue à régir l'opération. Si l'intention du disposant n'est pas exprimée, elle ne peut être que celle de se référer à la loi qu'il pouvait connaître. Une interprétation de voloné est nécessairement stable à travers le temps.

Cette théorie est la traduction directe du principe exacerbé de l'autonomie de la volonté. Il s'agit davantage d'une élimination de l'aspect successoral de l'avancement d'hoirie que d'une simple subordination.

Le raisonnement exposé apparaît vite insuffisant. D'une part, au point de vue pratique il conduit à des résultats imprécis. Car le respect de la volonté ne débouche pas nécessairement sur l'application de la loi de la libéralité; la loi de la succession peut régir la matière, si l'on estime que le silence du donateur indique sa volonté de soumettre le rapport à la loi en vigueur au jour du décès; bien que celle-ci lui soit inconnue à l'avance, le disposant peut s'y référer, de même qu'il peut prendre comme norme du rapport, qu'il fixe à forfait, la valeur du bien au temps du décès. D'autre part et surtout, en matière de rapport la volonté est bien plus souvent artificiellement suppléée que déclarée par la loi. Celle-ci n'est que rarement interprétative. La reconnaissance du caractère supplétif des textes est plus exacte.

302. — Dans une étape postérieure à celle de la découverte de la volonté dans l'avancement d'hoirie sans passer par des constatations intermédiaires, on préféra recourir à la classification des règles légales du rapport dans la catégorie juridique des lois supplétives. Le caractère supplétif d'une prescription inclut la matière qu'elle régit dans le champ d'action de la volonté. Déclarer les lois relatives à l'avancement d'hoirie supplétives, c'est reconnaître que la nature de l'avancement d'hoirie est principalement volontaire, quelque fictives que puissent être les intentions prêtées au disposant. Le propre de ces lois est de réglementer, indépendamment des aspirations des parties une situation que celles-ci

---

301[1]. Demolombe, t. 1, n° 48; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des Personnes*, t. 1, 3e éd., 1907, n° 166; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des Successions*, T. 3, 3e éd., 1905, n° 3015-3016; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. 4, 1901, p. 656.

Cpr.: Limoges 8 déc. 1941, *Moreau*, J.C.P. 1942.2.2057, obs. Costes, S. 1942.2.1, note Costes, obs. Savatier R.T.C. 1943.55.

auraient pu organiser, mais sur laquelle elles se sont abstenues de faire connaître leurs intentions; ces règles cohabitent avec celles édictées par les parties et participent de leur nature. Tel est le cas en matière d'avancement d'hoirie.

Sans pousser l'analyse au delà, on en déduisit directement pendant longtemps que le rapport doit être régi en cas de conflit de lois par la législation en vigueur à l'époque où la volonté suppléée aurait dû intervenir. Car les lois supplétives sont assimilées à la volonté du disposant, et celle-ci ne saurait varier une fois passé l'instant de son expression. La théorie des conflits de la fin du XIXe siècle opposait aux lois supplétives et interprétatives les lois impératives, immédiatement applicables aux situations en cours. Le rapport, faisant l'objet dans le Code Civil de lois du premier type, bénéficie de l'application de la loi ancienne; mais dans un système le réglant par des dispositions impératives, tel celui de la loi du 17 nivôse an II, il tomberait sous l'empire de la loi nouvelle[1].

Cette dernière déduction attire l'attention sur l'insuffisance de l'analyse qui se borne à reconnaître que les règles du rapport sont supplétives. Car il est acquis que la distinction des lois supplétives et impératives est inapte à fonder la solution des conflits de lois dans le temps[2]. C'est ainsi que l'institution contractuelle, dont les règles sont impératives, est soumise à la loi de l'époque de sa confection, et que les lois nouvelles sur la réserve peuvent se heurter à la survie de la loi de la libéralité. Il faut approfondir l'examen de l'avancement d'hoirie. On parvient ainsi à la reconnaissance de son statut contractuel.

B. — L'intégration efficace de la volonté dans le contrat de donation :

303. — Les efforts accomplis pour donner une efficacité à la part de l'origine volontaire dans la nature de l'avancement d'hoirie n'ont pas entraîné de résultats dans le domaine des conflits de lois. Mais ils n'ont pas été vains, car, avec l'appui du perfectionnement de la théorie des conflits, ils aboutissent à une qualification complète et efficace. Grâce aux constatations incontestables qu'ils ont recueillies, la prépondérance de la qualification contractuelle du rapport s'impose, et elle détermine l'application de la loi du contrat en droit transitoire.

304. — Il est bien acquis que le rapport est régi par des lois sinon interprétatives, du moins supplétives de volonté. Or de telles lois sont nécessairement relatives au régime du contrat originaire, qu'elles viennent interpréter ou compléter; ceci à la différence des lois impératives, qui

---

302[1]. Aubry et Rau, 4e éd. t. I, 1869, n° 30, pp. 70-71 et 75-77; Laurent, t. 1, 3e éd., 1878, n° 243; et les auteurs cités 301[1], partisans du caractère interprétatif plutôt que supplétif.

302[2]. Roubier, *op. cit.* 258[2], 2e éd., n° 75 pp. 363-365, n° 83 p. 415.

ne le sont pas toujours. En effet les lois supplétives ne jouent qu'à défaut de la volonté des parties à laquelle l'organisation de la situation est abandonnée. Elles s'assimilent aux clauses convenues, et participent de leur nature. L'existence et les modalités du rapport, qu'elles déterminent, font partie des effets de l'acte de donation que donateur et donataire peuvent réglementer. La loi comble les lacunes des prévisions des contractants, et ces prévisions ne peuvent avoir d'autre champ d'application que le régime du contrat. Leur efficacité dans le domaine successoral d'une part, et les buts étrangers à la stricte réglementation d'un contrat que poursuivent les textes légaux sur le rapport, d'autre part, s'effacent devant la procédure volontaire d'élaboration des règles de l'avancement d'hoirie et leur domaine contractuel. Aussi la doctrine contemporaine s'accorde-t-elle à reconnaître la prépondérance de la qualification volontaire et contractuelle de l'institution[1].

305. — Le régime d'un contrat étant commandé par la loi en vigueur à la date de formation de l'acte, l'avancement d'hoirie reste soumis, en cas de changement de législation, aux règles anciennes[1]. Lui appliquer la loi nouvelle serait, en ce qui concerne les modalités du rapport, contraire au principe de survie de la loi ancienne pour les effets à venir des contrats en cours; et en ce qui concerne l'existence ou la non existence d'un rapport en nature, rétroactivement résolutoire, et toutes les règles édictées par des clauses expresses du contrat, ce serait contraire au principe de non rétroactivité des lois.

Il existe une exception à l'application de la loi ancienne aux effets des contrats réglés par des lois supplétives: la loi nouvelle produit effet immédiat lorsqu'elle est relative à un statut, même si celui-ci peut être réglé conventionnellement[2]. En effet le statut gouverne non seulement les rapports des parties au contrat entre elles, mais encore, de façon générale, les rapports de celles-ci avec les tiers. La protection de ces tiers exige que les situations qui présentent ce caractère, dans la mesure où elles n'ont pas été expressément réglées par les parties, soient régies par une loi unique: la loi en vigueur[3].

Un auteur a suggéré que le régime du rapport pouvait être rangé dans cette catégorie[4]. Les cohéritiers du gratifié, dont les relations avec celui-ci

---

304[1]. Marty, *Les réformes récentes du droit successoral...*, J.C.P. 1941.1.182, n° 33 bis; Roubier, *L'application dans le temps du D-L. du 17 juin 1938, modifiant le régime des libéralités et du partage*, J.C.P. 1943.1.326, n° 2-5; Voirin, obs. au J.C.P. 1943.2.2129-I et 2342-II; Batiffol, note au S. 1943.2.49.

305[1]. *Supra* n° 258.

305[2]. Il ne s'agit pas alors du statut dit *légal*, qui est déclenché par un contrat fonctionnant comme acte-condition, exclu par le fait même que l'intégralité de la matière est sous la dépendance de la volonté des parties; mais il s'agit d'une situation contractuelle ayant des effets qui dépassent le cadre des relations entre les parties, tel le régime matrimonial conventionnel.

305[3]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1946.2.3287, II *in fine*.

305[4]. Flour, note au D.C. 1944.J.109, II-A.

sont régies par les règles du rapport, ne sont-ils pas des tiers?[5]. Ils ne sont pas parties au contrat. Mais, si éventuellement les cohéritiers peuvent être considérés comme des tiers parce qu'ils ne seraient pas les ayant-cause du donateur qui leur aurait transmis ce droit[6], « ils forment une catégorie de tiers étroitement délimitée »[7], car c'est du défunt qu'ils tiennent le droit d'exiger le rapport, grâce à un mécanisme à préciser[6]. L'avancement d'hoirie crée donc une situation juridique rigoureusement subjective, non statutaire.

On peut aussi être tenté d'objecter à l'application de la loi ancienne au rapport qu'en matière de droits réservés du donataire, la loi nouvelle joue souvent, alors que ces droits sont issus du contrat de donation, comme la dette de rapport; on peut remarquer que la situation des cohéritiers créanciers du rapport paraît assez semblable à celle des héritiers réservataires: ni les uns, ni les autres, ne sont parties au contrat. Pourquoi ne considérerait-on pas que les créanciers du rapport tiennent leurs droits de la loi[8] et n'appliquerait-on pas la loi ancienne que si le donataire l'invoque, parce qu'elle lui est plus favorable? La réponse repose sur la constatation qui a fait rejeter la théorie du contrat-statut: les cohéritiers créanciers du rapport ne sont pas étrangers au contrat, leurs droits naissent, non de la loi, mais de cet acte dans lequel le donateur les a prévus ou dû les prévoir[9]. La loi ancienne régit le rapport en toutes hypothèses.

Un doute a été élevé par des spécialistes du droit international. MM. Batiffol et Level estiment en effet qu'en droit transitoire, comme en droit international privé, intervient la règle du renvoi[10]. Par conséquent, étant admis que la loi de l'époque du contrat est compétente en matière de rapport, si cette loi comporte une règle de conflit donnant compétence à la loi en vigueur au jour du décès, c'est cette dernière qu'il faut appliquer. Mais, à supposer le système du renvoi retenu en matière de conflits dans le temps — et jusqu'à présent il ne semble pas l'être — l'obstacle est illusoire, car l'application de la loi ancienne au rapport repose sur un raisonnement valable pour tous les avancements d'hoirie postérieurs à 1804, même s'il a parfois été méconnu[11].

305[5]. On pourrait aussi envisager les titulaires de droits réels sur le bien donné, touchés par un rapport résolutoire. Mais ils n'existent que rarement, et surtout ils ne sont concernés qu'indirectement par les règles du rapport. Les autres tiers, ceux visés par l'article 857, sont totalement étrangers au rapport.

305[6]. *V. infra* nº 425-428.

305[7]. Voirin, *op. et loc. praecit.* 305[3].

305[8]. Trib. civ. Digne 26 nov. 1942, *Turcan*, sous Aix 6 juill. 1943, J.C.P.N. 1944.2.2519, obs. Voirin.

305[9]. Desbois, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938, D.P. 1938.4.356; Briqueler, *La transmission et l'attribution intégrale des exploitations familiales*, th. Nancy 1939, pp. 153-154.

305[10]. Batiffol, *Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps*, Etudes Ripert, 1950, t. 1, pp. 301-302; Level, th. cit. 258[3]; nº 153-157.

305[11]. Le droit ancien n'est pas, comme la loi étrangère, un point de fait à constater, mais un point de droit à élucider. De plus, au point de vue pratique, il était à peu près acquis dès avant 1938 que le rapport est soumis à la loi du contrat.

306. — La jurisprudence suscitée par les réformes de 1938 est particulièrement ferme, qui applique la loi de la donation en se fondant sur l'importance essentielle du contrat dans la structure de l'avancement d'hoirie.

Dès la première affaire dont elle a été saisie, la Cour de Cassation a exprimé que, « l'obligation au rapport en matière de donation et ses modalités étant principalement d'ordre contractuel », la loi du contrat s'applique en cette matière. La formule, lancée par cet arrêt *Moreau* du 5 mai 1943[1], tout en étant nette, est suffisamment nuancée pour ne pas se heurter aux caractères successoraux incontestables de l'avancement d'hoirie, dont elle tient compte. La formule a été constamment reprise par les décisions judiciaires postérieures[2]. La position est si solidement assise que certains arrêts n'éprouvent plus le besoin de justifier l'application de la loi ancienne[3], et que d'autres la prennent comme base de référence pour apprécier la nature d'institutions moins connues, telle la rescision pour lésion du partage d'ascendant, avant que la Cour de Cassation n'ait décidé[4].

307. — A l'issue de l'épreuve de la résolution du problème des conflits de lois, il se confirme que l'avancement d'hoirie se caractérise par l'intrusion de la volonté du disposant dans le mécanisme successoral. C'est ce que suggérait déjà l'examen de l'efficacité de l'institution. Mais à ce stade il était impossible de prendre parti sur la prédominance du caractère volontaire ou légal du mécanisme, les initiatives du disposant étant appuyées par la loi. La nature de l'avancement d'hoirie eût pu se trouver influencée de façon décisive par le milieu successoral dans lequel il œuvre. Il apparaît au contraire que l'institution conserve son autonomie et qu'elle reste sous la dépendance de l'acte juridique volontaire qui prend place à son origine. Cette dépendance est complète, car, non seulement le déroulement de l'opération est régi par la loi sous laquelle le disposant l'a mise en route, mais encore celui-ci en est le maître.

Cependant les pouvoirs du disposant ont un domaine limité, car décider par un moyen volontaire, contractuel, d'un objet successoral, n'est-ce pas faire un pacte sur succession future ? Il convient de confronter l'avancement d'hoirie avec cette théorie.

306[1]. Req. 5 mai 1943, *Moreau*, D.C. 1944.J.109, note Flour, G.P. 1943.2.16, J.C.P. 1943.2.2285, S. 1943.1.98, obs. Savatier R.T.C. 1943.200.

306[2]. Orléans 9 fév. 1949, *Ponroy*, J.C.P. 1949.2.5062, obs. Roubier, G.P. 1949.1.237, S. 1950.2.55; Civ. 25 fév. 1952, *Casoui*, J.C.P. 1952.4.61, Bull. Cass. Civ. 1952.1.65; Civ. 6 mai 1952, *Deléris*, J.C.P. 1952.4.102, Bull. Cass. Civ. 1952.1.129; Civ. 15 juin 1960, *Dubost*, J.C.P. 1961.2.11969, obs. Voirin, D. 1961.J.508, note Meurisse, obs. Savatier R.T.C. 1961.351; Civ. 28 avr. 1965, *Le Bot*, Bull. Cass. Civ. 1965.1.199.

Adde : Civ. 19 janv. 1949, *Albigès*, Bull. Cass. Civ. 1949.1.16; Douai 17 nov. 1943, *Masset*, G.P. 1944.1.47, et sur pourvoi Civ. 14 mars 1950, Bull. Cass. Civ. 1950.1.53.

306[3]. Paris 29 mars 1949, *Portier*, G.P. 1949.2.17.

306[4]. Douai 28 nov. 1944, *Leclercq*, G.P. 1945.1.114; Caen 6 nov. 1950, *Bailleul*, J.C.P. 1950.2.5874.

TITRE DEUXIÈME

L'AVANCEMENT D'HOIRIE, PACTE SUR SUCCESSION FUTURE

308. — Le problème de l'existence d'un pacte sur succession future en l'avancement d'hoirie découle de la reconnaissance du caractère principalement contractuel de l'obligation au rapport. Dès lors qu'un contrat intervient, avant le décès du *de cujus*, sur une matière successorale, la qualification de pacte sur succession future est tentante. Bien entendu, si l'avancement d'hoirie est le fait d'un legs, l'opération échappe à l'attraction de la théorie. Car la même stipulation est ou n'est pas pacte sur succession future selon qu'elle est mise en forme de contrat ou en forme d'acte unilatéral.

309. — Le débat ne se limite pas à l'avancement d'hoirie proprement dit. La qualification du préciput est nécessairement la même que celle de l'avancement d'hoirie. Car ce sont le recto et le verso de la même matière, constituée autour de l'obligation de rapport à la succession des libéralités adressées à des héritiers. De plus, concrètement la dispense de rapport et la stipulation de rapport en valeur ont une efficacité semblable sur la répartition du patrimoine du disposant au moyen de la donation. On peut ajouter que dans le cas précis de la libéralité rapportable à forfait, préciput et avancement d'hoirie figurent, dans l'analyse classique, côte à côte, et sont indissolublement liés quant à l'appréciation qu'on doit porter sur l'opération du disposant au regard de la théorie des pactes sur succession future.

310. — Le problème est loin d'être résolu. La qualification de pacte sur succession future de l'avancement d'hoirie et du préciput a été affirmée par un nombre considérable d'auteurs[1]. Mais elle a aussi été niée, assez souvent par intuition il est vrai[2]; l'avancement d'hoirie ne figure pas dans la liste des pactes sur succession future autorisés, que se sont attachés à dresser certains spécialistes[3]; notons toutefois que la plupart de ceux-ci n'ont pas envisagé qu'il pût se poser un problème[4]. En tous cas il n'existe pas de solution acquise en doctrine.

En jurisprudence, un seul arrêt peut être considéré comme affirmant le caractère de pacte sur succession future de la stipulation de rapport. La Cour de Cassation a en effet décidé par un arrêt *Aufauvre* du 10 mars 1941, que constitue un pacte sur succession future exceptionnellement autorisé la dispense de rapport partielle convenue entre donateur et donataire postérieurement à la libéralité[5]. Il n'existe aucune décision dans le même sens, ni postérieure, ni antérieure[6]. Au contraire l'arrêt *d'Uzès* du 2 mars 1936 déclare que l'avancement d'hoirie rapportable à forfait ne constitue en rien un pacte sur succession future[7]. Un arrêt de Cour d'Appel de 1950 se prononce dans le même sens; mais le pourvoi, dont il a fait l'objet, n'a pas soumis le point à la Cour de Cassation[8]. On ne peut donc pas se référer en la matière à une jurisprudence cohérente et nette.

310[1]. Cités *infra* 323[1-2] et 325[1]; *adde :* PLANIOL et RIPERT, t. 4, par MAURY et VIALLETON, n° 20 p. 45, qui n'expliquent pas leur position.

310[2]. Cf. ESMEIN, *Les donations de fruits et revenus*, R.G.N. 1934, art. 23958, n° 15: « Qui soutiendra cette opinion » ?; PELLEGRIN, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse Grenoble 1960, éd. Paris 1961, n° 111 : « Est-il besoin d'ajouter qu'il n'est... venu à l'idée de personne de tenir la donation rapportable en simple valeur pour un pacte sur succession future ? ».

310[3]. NAST, *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, thèse Paris 1905, n° 349-374; PASCAN, *Les pactes sur succession future*, thèse Paris 1907, pp. 112-113; MAUX, *Contribution à l'étude des pactes sur succession future*, thèse Toulouse 1930, pp. 147-166; ZIMMERMANN, *Des limites extra-légales à la prohibition des pactes sur succession future*, thèse Nancy 1935, pp. 51-66.

310[4]. Sauf PASCAN, th. précitée 310[3], qui examine la stipulation de rapport forfaitaire, p. 165.

310[5]. Civ. 10 mars 1941, *Aufauvre*, J.C.P. 1941.2.1700, obs. VOIRIN, D.A. 1941. 145. S. 1941.1.156, D.C. 1943.J.32, note MAGUET, J.N. 1941, art. 41.009, note CHASSAGNADE-BELMIN, obs. SAVATIER R.T.C. 1940-41.623.

310[6]. On cite parfois l'arrêt Req. 28 oct. 1925, *Conan*, D.H. 1925.628, G.P. 1926.1.16, R.G.N. 1926 art. 21038, note DEPIERROIS, obs. SAVATIER R.T.C. 1925.205. Mais cette décision est centrée sur l'intervention des cohéritiers d'un acquéreur à un acte d'aliénation, en dehors des conditions de l'art. 918 C.civ., nulle comme pacte sur succession future, ainsi qu'on l'admet traditionnellement, et dont le caractère de pacte sur succession future réagit sur le reste de l'acte, par indivisibilité des clauses. L'arrêt ne s'attaque pas directement à notre problème.

310[7]. Req. 2 mars 1936, *De Crussol d'Uzès*, D. 1936.1.111, rapport P. DUMAS, S. 1936.1.189, G.P. 1936.2.155, obs. SAVATIER R.T.C. 1936.714.

310[8]. Nancy 2 nov. 1950, *Reinbolt*, G.P. 1951.1.24; pourvoi rejeté par Civ. 23 nov. 1954, D. 1955.J.305, note VIALLETON, J.C.P.N. 1956.2.9176.

311. — A s'en tenir aux déductions tirées du régime de l'avancement d'hoirie et de la conception générale du pacte sur succession future, il apparaît de prime abord que l'institution doit se voir appliquer cette qualification. C'est une impression qu'il faut confronter avec le critère technique du pacte; cette seconde démarche paraît conduire à des résultats qui démentent les apparences. Pourtant grâce aux précisions qu'elle apporte quant aux caractères requis du pacte sur succession future, l'examen approfondi de ce qui est acquis dans l'avancement d'hoirie impose la certitude que cette qualification s'applique au contrat.

SECTION I : *Une apparence de pacte sur succession future.*

SECTION II : *La résistance au critère technique du pacte sur succession future.*

SECTION III : *Certitude de la qualification de pacte sur succession future.*

SECTION I

UNE APPARENCE DE PACTE SUR SUCCESSION FUTURE

312. — L'analyse de l'avancement d'hoirie en un pacte sur succession future est séduisante, car elle bénéficie d'un double appui. L'un est d'ordre pratique: cette qualification rend compte de bien des traits du régime de l'institution. L'autre est d'ordre théorique: l'avancement d'hoirie répond à la notion de pacte sur succession future.

§ 1. — Intérêt de la qualification de pacte sur succession future.

313. — A première vue la recherche de l'existence d'un pacte sur succession future en matière d'avancement d'hoirie est assez vaine[1]. Car, s'il y a pacte il est indiscutablement licite. L'article 843 du Code Civil n'autorise-t-il pas les contrats d'avancement d'hoirie et de préciput? Aussi certains praticiens refusent-ils d'étudier le problème[2]. Non seulement le pacte est licite, mais encore il est favorisé. Le législateur laisse aux parties le choix d'imposer ou d'exclure le rapport, et la maîtrise de l'organisation de la restitution. Et cette liberté est traditionnelle;

313[1]. BOULANGER, *V° Pacte sur succession future*, n° 50, *in* Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Civil, t. III, 1953.

313[2]. Trib. civ. Lorient 30 nov. 1948, *Le Gal*, G.P. tables quinquennales 1946-1950, *V° Succession*, n° 89.

avant 1938, alors que la clause de rapport en moins prenant n'était pas expressément autorisée par la loi, la jurisprudence s'abstenait de critiquer celle-ci, bien que les pactes sur succession future doivent être relevés d'office. Le pacte sur succession future est donc largement autorisé.

On peut se demander s'il n'y a pas contradiction entre le caractère supplétif des règles du rapport et la nature de pacte sur succession future qu'on veut lui attribuer. Car un tel pacte n'échappe qu'exceptionnellement à la prohibition. Aussi la liberté des parties est-elle limitée et les règles de l'institution sont-elles logiquement impératives, comme en matière de donation-partage par exemple. Mais le caractère restrictif de l'immunité d'un pacte successoire peut se manifester, aussi bien que dans la force contraignante de ses règles (qui correspondrait assez mal à l'origine contractuelle de l'institution), dans la limitation du champ d'application des stipulations autorisées. On conçoit une certaine liberté des conventions, mais jouant dans les seuls cas où la loi la prévoit, directement ou même indirectement, et utilisable seulement pour la poursuite des fins en vue desquelles le pacte a été autorisé.

Ainsi comprises les caractéristiques du régime d'un pacte sur succession future, l'application de la qualification à l'avancement d'hoirie permet d'apporter des réponses satisfaisantes à un certain nombre de questions relatives aux stipulations de rapport.

314. — *a*) Le problème le plus pratique à propos duquel les analystes ont pensé faire appel au caractère restrictif du pacte sur succession future est celui du *contenu des conventions d'aménagement du rapport.* Si la stipulation sur le rapport est un pacte sur succession future, les parties ne peuvent pas agencer la matière à leur fantaisie.

La question s'est posée à propos de la fixation à forfait du montant du rapport en moins prenant. Remarquons qu'auparavant une première modification du mode légal de rapport, l'admission des clauses de rapport en moins prenant, s'était opérée sans soulever d'objection, bien qu'elle ne fût pas expressément prévue par le Code originel. Car la dispense de rapport en nature est incontestablement conforme à l'esprit de l'article 843 du Code Civil, qui autorise la dispense totale de rapport; pour le législateur, la dispense de rapport est un avantage; *a fortiori* un avantage moins grand est-il valable. Et puis le rapport en valeur est une technique prévue par le Code dans certaines hypothèses. Par contre la restitution d'une somme arbitrairement fixée n'était nullement envisagée par la loi. La Cour de Cassation l'a pourtant admise, par l'arrêt *d'Uzès* de 1936[1], sur le fondement du même raisonnement que pour le rapport en moins prenant: « qui peut le plus, peut le moins »; le donateur aurait pu dispenser totalement du rapport, or ici il ne va pas aussi loin

---

314[1]. Cité *supra* 310[7].

puisqu'il impose à son héritier un versement à la succession, il fait donc « un usage partiel et en conséquence légitime de ce droit ». Le processus de justification peut paraître curieux, si l'on considère que la jurisprudence le répudie à propos de la clause commerciale, qui peut s'analyser en une donation, licite, du fonds de commerce, assortie de l'obligation de versement d'une somme, souvent fixée à forfait. Depuis que le décret-loi du 17 juin 1938 a réservé dans l'article 860 du Code Civil la possibilité de stipuler dans l'acte de donation une évaluation du montant du rapport différente de celle prescrite par la loi, la clause de forfait paraît bénéficier d'une autorisation légale[2]. Aissi la jurisprudence est-elle fermement établie.

Mais la dérogation de l'article 860 peut-elle s'appliquer à cette stipulation? Cela ne nous semble pas certain[3]. Car la liberté des parties ne peut jouer que dans le domaine pour lequel l'immunité à l'égard de la prohibition des pactes sur succession future est établie. Or les clauses prescrivant le rapport d'une libéralité sont autorisées en vue du rétablissement de l'égalité entre les héritiers; les parties bénéficient d'une liberté dans leur aménagement, parce que l'égalité peut être conçue de différentes manières. Les résultats du rapport forfaitaire manquent toujours ce but. Le montant du rapport doit nécessairement correspondre à une valeur du bien donné; le rapport en moins prenant est encore, en valeur, la restitution de la chose elle-même. A la différence du rapport de l'estimation du bien à une date déterminée, le rapport forfaitaire constitue une dette arbitraire, qui est hors des cadres légaux de l'avancement d'hoirie. Aussi doit-il être exclu du bénéfice de l'article 860 du Code Civil[4]. De la sorte seraient évités les méfaits de la clause.

Si toutefois on tient l'interprétation libérale que la jurisprudence actuelle donne de l'article 860, pour conforme à la volonté du législateur, on condamnera du moins la clause de rapport forfaitaire des fruits de la chose donné. A une échelle moindre, elle produit des résultats aussi anormaux; et elle ne bénéficie de l'appui d'aucun texte de loi. La stipulation de rapport des fruits est-elle d'ailleurs possible? C'est l'une des conventions sur la validité desquelles le caractère de pacte sur succession future peut intervenir.

314[2]. BOULANGER, *op. cit.* 313[1], n° 52.

C'est l'existence de cet article qui fait que la licéité des modifications de la date d'évaluation du rapport n'est pas contestée, même lorsqu'elles interviennent par des conventions postérieures à la donation. (Seul le forfait, technique originale, est suspecté.) Car on ne conçoit pas que soient appréciées différemment la validité d'un contrat et celle de ses remaniements postérieurs, alors qu'ils se bornent à y introduire des clauses qui auraient pu figurer dans l'acte initial. *Contra*: DEPIERROIS, *Partage d'ascendant... Conversion en libéralité rapportable d'une donation antérieure faite à l'un des enfants par préciput... Fixation du rapport à effectuer du fait de cette conversion, de manière à maintenir l'égalité entre les enfants...*, R.G.N. 1959 art. 27781 n° 7. Cpr. n° 349-350.

314[3]. *V.* aussi les doutes de M. HÉBRAUD, *Des contrats passés entre un futur de cujus et son héritier présomptif*, Mélanges SAVATIER, 1965, pp. 353-354.

314[4]. *V. supra* n° 165.

315. — L'existence d'un pacte sur succession future constitue l'un des éléments qui permettent d'apprécier la légitimité des stipulations de rapport convenues dans des cas pour lesquels les textes ne prévoient pas la qualification d'avancement d'hoirie.

L'article 856 du Code Civil prévoit que les fruits des choses données en avancement d'hoirie ne sont pas eux-mêmes sujets à rapport. Les parties peuvent-elles refuser de tenir compte de cette dispense et convenir que les fruits seront restitués à la succession? M. SAVATIER a émis l'opinion que, étant posé que les conventions sur le rapport se présentent comme des pactes sur succession future et que ceux-ci ne sont autorisés que de façon restrictive, la clause imposant le rapport des fruits de la chose doit être invalidée comme pacte prohibé[1]. Car elle ne bénéficie de l'appui d'aucun texte, mais au contraire elle va à l'encontre de l'article 856.

Pourtant, s'il existe des décisions judiciaires annulant la clause, elles ne se fondent pas sur ce motif, mais sur des circonstances d'espèce tenant à l'inclusion de la stipulation dans une constitution de dot, avec le but de laquelle est est incompatible[2]. En réalité la solution dépend directement du fondement que l'on attribue à l'article 856[3]. En général ce fondement incite à valider la clause, qui se présente comme le retour à l'application d'une règle de droit incontestable: la restitution des fruits perçus de mauvaise foi ou d'égalité absolue entre les héritiers. Contre ces règles, qui sont, l'une l'accessoire du principe du rapport de l'avancement d'hoirie, et l'autre son fondement, la prohibition des pactes sur succession future doit céder comme devant la stipulation d'avancement d'hoirie elle-même. De plus l'idée de réalisation de l'égalité entre héritiers, qui est à la base de l'institution du rapport, va dans le sens d'un libéralisme quant à l'objet de la restitution, du moment que celui-ci est sorti du patrimoine du donateur pour grossir celui du donataire: on a bien admis sans difficulté le rapport des primes d'assurance-vie[4]. Par contre si l'on estime que le fondement de l'article 856 impose de refuser les clauses de rapport des fruits, l'appel à la qualification de pacte sur succession future est inutile[5].

L'article 852 du Code Civil dispense du rapport les sommes dépensées par le *de cujus* pour l'entretien et l'éducation de son héritier. Si l'avancement d'hoirie est un pacte sur succession future restrictivement

---

315[1]. SAVATIER, obs. R.T.C. 1925.398.

315[2]. *Supra* n° 25.

315[3]. *Supra* n° 26.

315[4]. En ce sens: VIALLETON, note à la Revue Critique 1926, p. 61.

315[5]. Dans la théorie qui voit dans la dispense établie par l'article 856, dans le cas où il s'agit des fruits d'une donation rapportable en simple valeur, l'effet normal de la qualité de propriétaire du donataire, ces fruits ne peuvent pas être soumis au rapport.

autorisé, la stipulation contraire de devrait pas être admise. Pourtant la Cour de Cassation donne effet à la volonté du défunt d'obliger au rapport le bénéficiaire de ces frais[6]. C'est que, là encore, le fondement du texte intervient. On admet en général que la prescription de l'article 852 repose sur l'intention du disposant. Il s'agit d'une présomption de préciput, qui peut être renversée pour revenir à la règle de base de l'article 843, qui est le rapport de toutes les libéralités[7]. Toutefois dans le cas spécial des frais d'entretien et d'éducation normaux des enfants, qui, à la différence de ceux engagés au profit des autres descendants et des collatéraux, constituent l'exécution d'une obligation (art. 203 C.civ.), les parents ne consentent pas une libéralité; ils ne devraient donc pas pouvoir imposer la restitution, si celle-ci fait l'objet d'un pacte sur succession future, puisqu'ils opèrent en dehors des cadres légaux de l'avancement d'hoirie.

La qualification de pacte sur succession future réagit également sur la validité de la clause qui impose le rapport à un donataire qui vient à la succession en qualité de légataire universel ou à titre universel, en concours avec des héritiers ou, de façon plus pratique, avec d'autres légataires universels. Cette stipulation déroge à la prescription de l'article 857 du Code Civil, qui édicte que « Le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier ». Un arrêt de la Cour de Cassation de 1905 a approuvé l'opération[8]; il décide qu'elle ne constitue pas un pacte sur succession future, en se fondant sur des arguments de nature à écarter cette qualification de tout avancement d'hoirie. Certains auteurs, faisant confiance à la sagacité de la haute juridiction, appuient sa position de leur autorité[9]. D'autres se montrent réticents[10]. La question est, d'une part, de savoir si aujourd'hui la Cour de Cassation prendrait la même position sur la qualification d'une stipulation relative au rapport, ce qui est notre problème. D'autre part, elle est de reconnaître si, à supposer qu'il y ait pacte sur succession future, il ne bénéficie pas en l'occurrence de l'immunité établie par l'article 843, car il rétablit l'égalité entre successeurs. Mais cet argument de rédemption semble inefficace, car la loi ne poursuit l'égalité qu'entre héritiers et non entre légataires; la validité de la clause dépend donc uniquement de la qualification de l'avancement d'hoirie.

315[6]. Req. 29 juin 1921, *Billault*, D. 1922.1.66, S. 1922.1.156.

315[7]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2899.

315[8]. Req. 26 juin 1905, *Guyard*, D. 1906.1.425, note anonyme, S. 1907.1.217, note Naquet.

315[9]. Beudant-Le Balle, t. V bis, n° 827; Colin-Capitant, t. 3, 9e éd., 1945, par Julliot de la Morandière, n° 1208.

315[10]. Naquet, note précitée 315[8]; Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 569 p. 800; Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 629-2°, texte et note 7-2.

Le donateur peut envisager d'imposer que le rapport de la libéralité qu'il fait, soit opéré à une succession autre que la sienne. Il est des cas où cette clause est utile[11]. Est-elle licite ? Doit-on interpréter avec rigueur l'article 850 du Code Civil, qui stipule que « Le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur » ? Il est certain qu'il s'agit d'un pacte sur succession future non autorisé, mais pour des raisons qui sont dans une large mesure indépendantes de l'analyse générale de l'avancement d'hoirie. En effet le gratifié, par le jeu du rapport en moins prenant, doit abandonner une partie de ses droits héréditaires dans la succession du tiers[12], et inversement ses cohéritiers doivent obtenir davantage. La convention qui consacre cet abandon et cette acquisition anticipés de droits successifs est incontestablement un pacte sur succession future[13]. Si le mode d'exécution du rapport prévu est la restitution en nature, le donataire n'abandonne aucun droit successif, puisqu'il prend autant et même plus dans la

---

315[11]. Il ne s'agit pas ici des clauses d'imputation des dots constituées conjointement par deux époux, sur la succession du prémourant ou du survivant ; ces stipulations posent simplement des problèmes de détermination du donateur. Il peut parfois en aller de même entre personnes autres que des époux ; cf. la curieuse affaire jugée par le Trib. Civ. de Lyon le 24 mars 1945, *Rousset*, J.C.P.N. 1946.2.3287, obs. Voirin. Une grand-mère avait fait donation d'un bien à son fils, à charge d'en doter immédiatement l'un de ses petits-fils ; l'imputation sur la succession du survivant avait été stipulée. Les deux ascendants pouvant l'un et l'autre être considérés comme donateurs (l'aïeule de la charge, et le père du bien), de façon assez semblable à des époux, la transposition de la clause d'imputation a été jugée valable ; v. la note approbative précitée de M. Voirin, point I.

Le véritable problème se pose p. ex. dans le cas du père qui, ayant constitué à son fils une dot en biens personnels, en impose le rapport à la succession du prémourrant des père et mère (pour assurer l'égalité du fils avec un autre enfant, bénéficiaire d'une dot constituée conjointement par les deux parents et rapportable à la succession du prémourant). Si c'est la mère, non donatrice, qui prédécède, le problème de la validité de la clause se pose. Cf. Civ. 28 mars 1905, *De Grateloup*, S. 1908.1.17, note Wahl.

Il s'agit encore du cas du grand-père qui veut gratifier l'un de ses petits-enfants sans rompre l'égalité entre ceux-ci ; il impose le rapport à la succession de leur père commun. Dans cette hypothèse le donataire n'est pas successible du donateur, mais la situation est analogue à la précédente, à ceci près que si la clause est un pacte sur succession future, elle s'écarte doublement du pacte autorisé, puisque, non seulement le bénéficiaire du rapport n'est pas le donateur, mais que son débiteur n'est pas le successible de celui-ci.

315[12]. Dans le rapport ordinaire, ce n'est pas le cas, car le donataire a déjà reçu une avance sur ces droits.

315[13]. Wahl, note au S. 1908.1.17, sous Civ. 28 mars 1905, *De Grateloup*. (Cet arrêt annule la clause, mais en se fondant seulement sur les termes de l'art. 843, et sans faire appel, si ce n'est implicitement, à la qualification de pacte sur succession future). *Adde* : Vouin, *Peut-on concevoir et admettre qu'un aïeul, qui donne à son petit-fils, lui impose un rapport à la succession de son père ?*, R.G.N. 1946 art. 26402, n° 10.

Wahl distingue selon que le donataire est ou non appelé à la succession à laquelle il s'oblige à faire le rapport. Il n'y a pas pacte sur succession future dans la première branche de l'alternative. Cela va de soi, car si le donataire ne vient pas à la succession du tiers, s'il n'a donc pas la possibilité de se libérer en renonçant à l'hérédité, il ne s'agit plus d'un rapport ; les droits qui naissent au profit des héritiers du tiers sont certains ; il y a stipulation pour autrui ou délégation.

succession, mais ses cohéritiers continuent d'obtenir davantage dans la succession grossie par le rapport en vertu de la convention. Il y a encore pacte sur succession future[14]. Si la même qualification s'applique de façon générale à toute stipulation de rapport, elle ne peut que renforcer la nullité de la clause de rapport à la succession d'un tiers, qui sort complètement des cadres légaux de l'avancement d'hoirie.

316. — *b*) Lorsqu'une clause relative au rapport peut être validée quant au fond, il se pose encore le problème de *la forme* qu'elle doit revêtir. Si la stipulation est insérée dans l'acte libéral lui-même, elle se plie, bien entendu, aux formes de celui-ci, qui sont celles de toute libéralité. Mais si elle intervient postérieurement, quelle forme doit-elle adopter ?

L'article 919 alinéa 2 du Code Civil apporte une réponse en ce qui concerne la clause de transformation de l'avancement d'hoirie en préciput : il faut qu'elle soit faite dans les formes des donations ou des legs. La forme testamentaire se justifie aisément, puisque le préciput s'analyse en une libéralité supplémentaire. Mais la forme des dispositions entre vifs, requise lorsque la modification n'est plus unilatérale, exige davantage d'explications. On la comprend d'abord parce que la modification conventionnelle à un contrat est un contrat elle-même ; et qu'en vertu de la règle de concordance des formes, la modification doit revêtir les formes du contrat modifié. Mais la donation originaire peut avoir été réalisée par un mode non formaliste ; alors la règle de concordance n'impose aucune forme. Le caractère de donation du préciput demande simplement que soit mis en œuvre l'un des modes non formalistes. Or l'article 919 exige « la forme des dispositions entre vifs », et la Cour de Cassation interprète strictement cette prescription[1]. Une explication logique est donnée de cette sévérité, si l'on admet que la convention de préciput constitue un pacte sur succession future ; ce pacte est autorisé restrictivement sous la condition que, s'il est postérieur à l'acte d'aliénation, il soit établi dans les formes des donations[2].

De même, si les stipulations sur le rapport sont de façon générale des pactes sur succession future, il s'impose d'exiger d'elles, lorsqu'elles interviennent par une convention postérieure à la donation, qu'elles

---

315[14]. *Contra* : Vouin, *loc. praecit.* 315[13], qui refuse de considérer que le rapport accroît la succession du tiers et en devient partie intégrante.

316[1]. Civ. 10 mars 1941, *Aufauvre*, J.C.P. 1941.2.1700, obs. Voirin, S. 1941.1.156, D.A. 1941.145, J.N. 1941 art. 41009, note Chassagnade-Belmin, D.C. 1943.J.32, note Maguet, obs. Savatier R.T.C. 1940-41.623.

316[2]. Voirin, obs. précitées 316[1] ; *secus* : Savatier, obs. précitées 316[1], qui, après avoir reconnu le rôle de la qualification de pacte sur succession future, admet la validité des dispenses de rapport postérieures par voie non formaliste... ; *adde* : Savatier, *Cours de Droit Civil*, t. 3, 1945, n° 550.

se conforment à la règle édictée par l'article 919 alinéa 2 du Code Civil[3]. Ce texte ne ferait alors que fournir une illustration du principe, dans le cas particulier de la stipulation de préciput.

317. — *c*) La qualification de pacte sur succession future appliquée aux conventions relatives au rapport permettrait, sur un autre plan, d'éliminer la curieuse pratique qui consiste à *exécuter le rapport d'un avancement d'hoirie par anticipation*, en l'effectuant à la masse à répartir d'une donation-partage.

Par cette opération l'ascendant comprend dans le partage d'ascendant qu'il réalise, le rapport éventuellement dû à sa succession par le descendant auquel il a consenti antérieurement un avancement d'hoirie. La masse est donc grossie, soit du bien donné lui-même, si le rapport s'opère en nature, soit de sa valeur estimée à la date de la donation ou à celle de la donation-partage, ou encore à forfait, si le rapport s'exécute en moins prenant[1].

L'opération se conçoit à la rigueur dans un testament-partage, qui n'est pas translatif de propriété; on peut admettre que le testateur ne soit pas propriétaire des biens qu'il distribue, ni titulaire de la créance de rapport; ces éléments figurent dans la masse à partager au décès entre les descendants, cela suffit. Mais dans une donation-partage le disposant ne peut donner que ce qui lui appartient. Ajoutons, au point de vue pratique, que si le gratifié en avancement d'hoirie renonce ultérieurement à la succession, le copartagé auquel a été attribué le bien rapporté en nature doit le restituer, ce qui détruit le partage d'ascendant. On objecte qu'on peut éviter cet inconvénient en attribuant le bien rapporté à son débiteur; certains auteurs précisent même que le risque n'existe qu'en cas de testament-partage, car en cas de donation-partage le donataire, en effectuant le rapport, qu'il ne doit que s'il accepte la succession

---

316[3]. La forme des donations s'impose alors pratiquement à toutes les modifications des avancements d'hoirie entre vifs. La forme testamentaire est en effet exclue pour les modifications autres que la tansformation en préciput, parce qu'elles s'analysent ou risquent de s'analyser, non en une libéralité supplémentaire, possible sous forme de legs, mais en une modification dénuée d'avantage, voire en une aggravation de la situation contractuelle du donataire, qu'il ne peut subir sans son consentement (art. 1134 C.civ.).

P. ex.: la substitution d'une date d'évaluation du rapport en moins prenant à une autre (qui, opérée d'avance, peut ne pas se révéler avantageuse, et qui d'ailleurs, même si elle l'est, faute d'existence légale des plus-values monétaires, ne constitue une libéralité que si le disposant précise qu'il donne par préciput ces plus-values; *contra*: PRÉCIGOUT, *Rapports à succession. Modification des modalités avant ou après le décès du donateur*, J.C.P.N. 1963.1.1802, n° 14a). Il en va de même de la transformation d'un rapport en moins prenant en un rapport en nature, ou de la transformation inverse.

317[1]. Si l'avancement d'hoirie contient une stipulation de rapport de la valeur du bien à la date du décès ou à celle du partage de la succession, il faut modifier cette clause. Cela peut se faire dans la donation-partage, qui revêt les formes exigées des dispositions entre vifs.

du donateur, abandonne par anticipation et conventionnellement sa faculté de répudier l'hérédité[2]. Ce serait là un pacte sur succession future caractérisé (art. 791 C.civ.), et si l'on adopte cette analyse de l'engagement du donataire, la validité de l'opération est douteuse à cause de cette qualification. Si, par contre, on considère que le donataire ne renonce pas à la faculté de répudiation, c'est l'attribution ou le refus de la qualification de pacte sur succession future à toute convention sur le rapport qui détermine la validité de la clause.

Malgré ces arguments, l'opération est pratiquée et compte de nombreux partisans[3]. Pour eux, elle bénéficie de l'immunité octroyée par la loi à la donation-partage, qui est un pacte sur succession future autorisé. Mais il semble impossible d'approuver cette position, alors que l'inclusion du rapport dans la donation-partage n'est nullement un élément nécessaire du pacte permis, sauf peut-être dans la conception, rejetée depuis longtemps, du partage d'ascendant comme une présuccession comportant le règlement actuel d'une succession ouverte fictivement[4]. La dérogation à la prohibition ne saurait valider l'exécution anticipée du rapport[5], et encore moins couvrir l'acceptation anticipée de la succession que certains y découvrent. Ce serait une entorse considérable à l'interprétation sévère de la prohibition des pactes sur succession future, qui prévaut dans le droit positif actuel.

318. — *d*) En dehors de la solution des problèmes de validité des conventions relatives au rapport, la qualification de pacte sur succession future de l'avancement d'hoirie et du préciput paraît correspondre assez bien à la règle des *conflits de lois* qu'on applique en la matière.

En ce qui concerne les conflits dans le temps, l'application qui est faite de la loi du contrat coïncide avec la place essentielle du contrat dans les manipulations de succession qui sont des pactes sur succession future. La solution est logique, car dans un pacte sur succession future,

---

317[2]. Précigout, art. cit. 316[3], n° 30.

317[3]. Demolombe, t. 23, n° 75-77; Josserand, *Cours de Droit Civil Positif Français*, t. 3, 1930, n° 1931; Trasbot, *V° Partage d'ascendant*, n° 79, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Civil, 1953; Planiol et Ripert, t. 5 par Trasbot et Loussouarn, n° 831 bis; Aubry et Rau, par Esmein, t. XI, § 731-4°, texte et notes 10-2 et 11; Depierrois, art. cit. 314[2], n° 5; Précigout, *loc. praecit.* 317[2] (Mentionnant les différents aménagements possibles, n° 31-34); Viatte, *Partages d'ascendants et donations en avancement d'hoirie*, J.N. 1965 art. 47495. *Adde*: Beudant-Voirin, t. VII, n° 448. Colmar 3 avr. 1865, *Urban*, S. 1866.2.183; Toulouse 26 juill. 1878, *Mader*, S. 1879.2.49, note anonyme, et D. 1879.2.17, note anonyme; Civ. 7 janv. 1955, *De Kérizouet*, Bull. Cass. Civ. 1955.1.3, et J.N. 1956 art. 45081, note Raison; Dijon 26 nov. 1957, *Martin*, J.C.P. 1958.2.10460, obs. Ponsard (approbatives, I). *Adde*: Req. 9 juill. 1840, *Abret*, D. 1840.1.244, S. 1840.1.806 (relatif à un testament-partage; l'arrêt qualifie l'avancement d'hoirie de libéralité révocable!).

317[4]. Il est vrai que l'art. 10 de la loi du 5 août 1960, modifiant l'art. 67 du décret-loi du 29 juill. 1939, qui autorise la liquidation anticipée du salaire différé et cite la donation-partage comme l'occasion type de cette opération (*v. supra* n° 234), relance, au moins en apparence, l'idée de présuccession.

317[5]. Boulanger, *op. cit.* 313[1], n° 53; Ripert et Boulanger, t. 4, n° 3954.

il semble que l'accent doive être mis plutôt sur la technique mise en œuvre que sur son résultat successoral[1]. C'est ainsi que la jurisprudence applique la loi du contrat à l'institution contractuelle, qui constitue le type du pacte sur succession future autorisé[2].

En ce qui concerne les conflits dans l'espace, c'est la loi successorale qui est retenue pour régir l'avancement d'hoirie, et c'est précisément elle qui s'applique de façon générale aux pactes sur succession future[3]. Toutefois on a parfois proposé de soumettre les pactes à la loi de la convention[4]; le débat qui existe à propos de l'avancement d'hoirie correspond donc à un débat qui peut être mené à propos de la généralité des pactes sur succession future.

319. — De façon très large, enfin, l'existence d'un pacte sur succession future dans l'avancement d'hoirie rendrait compte du bouleversement des principes légaux de dévolution et de partage de la succession, qu'il provoque et dont nous avons relevé l'ampleur[1]. N'est-ce pas en effet le propre de ces pactes que de permettre aux contractants de déroger aux règles légales des successions? Mais une telle considération ne relève plus de l'étude de l'intérêt de la qualification; elle met en œuvre l'un des éléments de la notion même de pacte sur succession future.

§ 2. — Conformité de l'avancement d'hoirie à la notion de pacte sur succession future.

320. — La prohibition des pactes sur succession future, et, partant, la notion même, ont été établies dans un but d'assainissement de la vie juridique: il s'agissait d'éviter certains dangers que fait naître ce genre de conventions. A cet égard, l'avancement d'hoirie n'encourt aucun reproche. Mais la doctrine ne s'en est pas tenue à cette conception difficile à concrétiser. L'avancement d'hoirie peut paraître entrer dans le domaine de la notion, si l'on s'arrête à l'idée du bouleversement conventionnel de l'ordre légal des successions, qui s'est substituée à la notion morale primitive; mais cette façon de concevoir le pacte n'a pas persisté. La notion actuelle est plus vaste et l'avancement d'hoirie entre dans son champ d'application.

318[1]. Cf. VOIRIN, obs. au J.C.P. 1943.2.2342, et au J.C.P.N. 1946.2.3287, II-B (cpr. obs. au J.C.P. 1953.2.7760); ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, 2e éd., 1960, n° 79, pp. 396-397.

318[2]. P. ex. Civ. 15 janv. 1952, *Bertrand*, J.C.P. 1952.2.6944, obs. CAVARROC, S. 1954.1.185, note BATIFFOL.

318[3]. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. 4, 1947, n° 1342 - III; PLANIOL et RIPERT t. 4 par MAURY et VIALLETON, n° 20 bis p. 46; BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., 1959, n° 654.

318[4]. JOUSSELIN, *Des conflits de lois relatifs aux successions ab intestat et testamentaires*, thèse Paris 1899, p. 112.

319[1]. *Supra*, 1ere Partie, Titre II (n° 92 et suivants).

A. — Indifférence de l'absence des dangers prohibitifs :

321. — Les rédacteurs du Code Civil, en édictant l'article 1130 prohibant de façon très générale les pactes sur succession non ouverte, cherchaient à soustraire l'individu, la société et les principes du droit aux menaces que paraît faire peser sur eux ce type de conventions[1]. Or l'avancement d'hoirie ne présente aucune de ces caractéristiques des pactes.

Le principal reproche d'ordre moral adressé au pacte est de susciter de la part de son bénéficiaire un « *votum mortis captandae* » à l'encontre de la personne de la succession de laquelle il s'agit. Or en notre matière, le donataire n'a aucune raison de souhaiter la survenance du décès du donateur; au contraire, l'ouverture de la succession l'obligera au payement du rapport.

On fonde aussi, souvent, le sort particulier du pacte sur succession future sur le risque de lésion qu'il fait courir aux parties. Cela se conçoit dans une cession de droits successoraux, pour un prix minimisé; et encore, il s'agit plutôt d'un aléa que d'une lésion. Mais ici on ne voit pas où pourrait résider cette lésion, sauf peut-être dans le cas particulier du rapport forfaitaire surestimé. Le rapport de la valeur du bien à la date de la donation déséquilibre aussi l'opération; mais ce n'est pas au détriment des parties à l'acte, mais à celui des cohéritiers, qui y son étrangers.

Le fondement essentiel de l'hostilité du Code au pacte sur succession future est le danger d'ordre politique qu'il engendre. Il est l'instrument des atteintes au principe fondamental de l'égalité entre les héritiers. Mais le rapport a précisément pour but d'assurer le respect de cette égalité; si en fait il manque souvent son objectif, le déséquilibre que son organisation peut créer n'a pas d'existence juridique, car au regard de la loi le rapport est parfait. Seul le préciput pourrait encourir le grief. Quant au risque de rétablissement des privilèges féodaux, et notamment du droit d'aînesse, on peut sans doute le découvrir dans la possibilité d'attribuer à l'un des enfants le bien le plus intéressant ou promis aux plus importantes plus-values, voire même le bien unique de la succession. Mais ce n'est plus que rarement le moyen d'assurer la puissance de l'aîné; il s'agit plutôt d'obtenir une meilleure organisation économique.

Sur le plan de la technique juridique, on reproche aux pactes convenus par l'une des parties sur sa propre succession, catégorie dans laquelle se rangerait l'avancement d'hoirie, de porter atteinte à la liberté de tester du *de cujus*, qui est un principe fondamental de notre droit.

321[1]. Mouricault, *Discours au corps législatif, in* Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 12, 1828, pp. 556-557 n° 10; Portalis, *Exposé de motifs au Corps Législatif, in* Locré, t. 14, 1828, pp. 152-153, n° 20. Nast, th. cit. 310[3], pp. 165-172; Capitant, *La prohibition des pactes sur les successions non ouvertes*, Revue Critique 1933, pp. 86-115, n° 7-10; Bevin, *Les nouveaux aspects de la théorie des pactes sur succession future*, thèse Paris 1942, pp. 40-47; Ripert et Boulanger, t. 4, n° 1491.

Or, une fois donné au successible, le bien ne peut plus faire l'objet d'un legs, même s'il est soumis au rapport en nature[2]. A cela on peut répliquer de façon générale que ce n'est qu'en concluant un pacte universel que le disposant se prive véritablement de la liberté de tester; et qu'on ne peut sérieusement parler de perte de la liberté de tester que si le pacte porte sur les biens possédés jusqu'au décès. De façon plus précise, puisque l'avancement d'hoirie s'impute essentiellement sur la réserve, on conçoit mal que le disposant puisse, en le consentant, abdiquer une liberté de tester qui ne lui est pas reconnue sur cette partie de la succession[3].

322. — De toute manière, même si l'avancement d'hoirie présentait l'un des dangers qui fondent la sévérité de la loi à l'égard des pactes sur successions non ouvertes, cela serait sans importance pour la qualification de l'acte. Car la conception du pacte sur succession future s'est progressivement détachée du fondement de son érection en catégorie juridique, à mesure qu'apparaissait la faiblesse des motifs de la prohibition[1]. La jurisprudence en est venue à considérer le pacte sur succession future de façon objective. Elle s'est attachée à définir la structure du pacte, abstraction faite du but que peuvent y poursuivre les parties. Et de la sorte, la définition du pacte sur succession future s'est trouvée considérablement élargie. Le résultat en est bien connu: c'est l'annulation de clauses qui n'encourent aucun reproche, telle la clause commerciale.

Cependant, malgré le changement de la notion, on peut se demander si l'un des traits d'origine du pacte, l'atteinte à l'égalité, n'a pas subsisté comme élément de la nouvelle caractérisation: le bouleversement de l'ordre légal des successions, auquel on fait souvent référence.

B. — Indifférence du bouleversement de l'ordre légal des successions :

323. — La qualification de pacte sur succession future se trouve, de façon générale, coïncider avec un phénomène de bouleversement de l'ordre légal des successions par le contrat incriminé. Or nous savons que l'avancement d'hoirie est doué d'une redoutable efficacité sur la répartition de la succession, grâce à la technique du rapport en moins prenant. Il attribue par anticipation certains biens à l'un des héritiers; il compose le lot de partage du donataire et influe sur celui de ses cohéritiers. Il déjoue les règles de répartition, paritaire ou préférentielle, des biens. Il impose une conception de l'égalité numérique, qui est celle du disposant et qui diffère parfois de celle de la loi. Il transmet la part

---

321[2]. *Infra* n° 395.

321[3]. Pellegrin, th. cit. 310[2], n° 104.

322[1]. E. Gaudemet, *Des rapports juridiques entre le retour successoral et le retour conventionnel*, R.T.C. 1902, pp. 754-758; Bevin, th. cit. 321[1], pp. 48-49; Boulanger, *op. cit.* 313[1], n° 17; Ripert et Boulanger, t. 4, n° 1490; Hébraud, *Des contrats passés entre un futur de cujus et son héritier présomptif*, Mélanges Savatier, Paris 1965, pp. 341-374, partic. pp. 346-356.

réservée du gratifié et la compose librement, déséquilibrant ainsi la consistance matérielle et souvent le contenu financier des droits des réservataires. « Le rapport apparaît... comme une opération préétablie destinée à influer profondément sur la constitution future de la masse héréditaire »[1], et sur sa répartition. En somme l'avancement d'hoirie déroge à l'ordre légal des successions[2]. Même s'il doit être restitué en nature, il contient cet effet à l'état de virtualité, puisque par le jeu des circonstances ou de la volonté du donataire, il peut devenir rapportable en simple valeur ou même se transformer en préciput.

Cet état de choses suffit pour que certains auteurs concluent[2-1] que l'avancement d'hoirie constitue un pacte sur succession future.

324. — A la vérité, il est impossible de reconnaître un pacte sur succession future à son effet dérogatoire à l'ordre légal des successions.

Une définition du pacte fondée sur cet élément a été défendue par le Doyen GENY[1], après que les critiques de CAPITANT l'aient contraint à abandonner une définition technique, qui reposait sur le titre successif de l'un des contractants. Cette conception bénéficie de l'appui de l'article 1389 du Code Civil[2] qui, faisant application en matière de contrat de mariage de la prohibition des pactes sur succession future, interdit toute « convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions ». On peut la fonder sur la reconnaissance d'un caractère d'ordre public à la dévolution successorale légale[3], à laquelle toute dérogation prendrait par conséquent une allure suspecte. Et cette position se trouve renforcée par la coïncidence très fréquente de ses résultats, quant à la qualification des conventions litigieuses, avec ceux de la jurisprudence. Mais une considération pratique suffit à expliquer cette situation: le pacte sur succession future qui n'a pas pour objet de modifier la dévolution légale est inutile; il est donc naturel qu'il soit rare.

Les bases sur lesquelles repose le critère de la dérogation à l'ordre légal des successions sont contestables. Cette théorie souffre d'être une position de défense contre les attaques du critère technique[4] du pacte successoire. Elle est issue d'une réaction contre l'élément « éventuel » exigé par ce critère; or, pour l'écarter, elle confond la stipulation sur un droit éventuel avec la « *stipulatio inutilis* », nulle faute d'objet[5]; c'est

---

323[1]. VIALLETON, note au D. 1955.J.305, II *init.*

323[2]. BATIFFOL, note au S. 1937.1.289, partie concernant l'arrêt *d'Uzès* du 2 mars 1936.

324[1]. GÉNY, note au S. 1930.2.57, § 4.

324[2]. GÉNY, note au S. 1930.2.97, § 2, sous Paris 21 fév. 1930, *Crémieux.*

324[3]. DONNIER, *Remarques sur la conception jurisprudentielle de la prohibition des pactes successoraux*, R.T.C. 1956, pp. 627-654, partic. p. 632 et pp. 633-641.

324[4]. *V. infra* n° 326.

324[5]. GÉNY, note précitée 324[1], § 3; cpr. DONNIER, art. précité 324[3], p. 633.

une assimilation inexacte[6]. D'autre part, derrière la définition proposée se dessine l'arrière-pensée, totalement étrangère au droit positif, de limiter le plus possible le domaine de la prohibition. Enfin, l'utilisation du critère est dangereuse. Elle conduit à des décisions telles que l'arrêt rendu par la Cour de Rouen en 1957 dans la fameuse affaire *Gatellier*; celui-ci déclarait licite la clause de rachat des parts d'une société à responsabilité limitée par le survivant des associés, dès lors qu'elle s'analysait, non en une méconnaissance des règles légales des successions, mais en « un simple aménagement des droits des copartageants »[7]; bien entendu les Chambres Réunies de la Cour de Cassation ont ignoré cette distinction et s'en sont tenues à une définition moins vague du pacte successoire[8]. Le critère est extrêmement imprécis. Où commence la dérogation à l'ordre légal des successions ? Ses partisans ne s'entendent même pas sur la qualification à donner à la clause commerciale[9]. Pour les uns, font partie de l'ordre légal toutes les règles relatives aux successions[10]; pour d'autres, particulièrement restrictifs, l'ordre légal se limite aux règles que la loi impose impérativement: celles de la réserve[11].

La jurisprudence ne retient pas cette définition du pacte sur succession future. Elle annule des conventions qui ne bouleversent en rien l'ordre légal des successions. Elle s'attache à des éléments moins subjectifs, centrés sur l'objet du contrat. D'où la notion commune de pacte sur succession future, à laquelle l'avancement d'hoirie se trouve répondre.

C. — Satisfaction de la notion commune de pacte sur succession future :

325. — Une partie importante de la doctrine professe une conception du pacte sur succession future qui tient compte à la fois de l'ampleur de la catégorie et du caractère objectif de la jurisprudence. Il s'agit d'une position issue du critère de la dérogation à l'ordre légal des successions, mais qui a abandonné ce que cette théorie a de restrictif. Pour qu'il y ait pacte sur succession future, il suffit que l'objet de la convention soit tout ou partie d'une succession non ouverte; il faut que les biens concernés par le pacte aient vocation à figurer dans une succession à venir.

324[6]. Cf. la définition du droit éventuel: *infra* n° 336

324[7]. Rouen 14 mai 1957, *Gatellier*, D. 1958.J.208, note Esmein, J.C.P. 1957.2. 10102 et 10148 bis.

Cet arrêt récent se rattache à la théorie de Gény, visiblement par l'intermédiaire du commentaire de M. Charron à la G.P. 1956, doctr. p. 9, sur l'arrêt de la Chambre Commerciale du 18 oct. 1955 déjà intervenu dans cette affaire; cpr. Esmein, note au D. 1956.J.281 sous le même arrêt.

324[8]. Chambres Réunies 2 avr. 1961, *Gatellier*, J.C.P. 1961.2.12135, obs. Bastian, D. 1961.J.697, note Besson.

324[9]. Contre le caractère de pacte sur succession future: Gény, note précitée n. 1, § 4; pour: Batiffol, note au S. 1937.1.289 *in fine*.

324[10]. Batiffol, note précitée 324[9].

324[11]. Naquet, note au S. 1907.1.217, I *in fine*.

Or l'avancement d'hoirie — et le préciput de même — est un contrat qui règle la transmission, la répartition, l'attribution de biens du patrimoine du disposant considérés sous leur aspect d'éléments de la succession future de celui-ci. Le donateur consent au donataire une avance sur son hérédité, et il conclut avec lui une opération de partage anticipé de sa succession.

C'est sur ce fondement que nombre d'auteurs qualifient l'avancement d'hoirie et le préciput de pactes sur succession future[1].

La position est séduisante. Mais le critère du pacte sur succession future est beaucoup plus affiné. On ne peut donc se ranger à l'avis des auteurs favorables à la qualification de pacte sur succession future de l'avancement d'hoirie, que si l'institution se plie aux exigences très précises du critère technique. Or cela n'est pas aisé à découvrir.

Section II

LA RÉSISTANCE AU CRITÈRE TECHNIQUE

326. — Le Code Civil n'a pas donné de définition du pacte sur succession future. Or il est impossible de s'en tenir à la conception imprécise suggérée par l'examen intuitif des textes relatifs à la matière (articles 791, 1130, 1389, 1600 C.civ.), qui n'ont qu'une valeur descriptive. Aussi la jurisprudence s'est-elle attachée à établir un critère reposant sur des éléments techniques qui échappent à l'interprétation. Dès 1894 la Cour de Cassation pose que « toute stipulation ayant pour objet d'attribuer le droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur succession future »[1]. Cette formule fût reprise pendant longtemps[2]. Mais cette définition très large exigeait encore des affinements. Une partie de la doctrine précisa: « il faut que l'une des parties au moins soit envisagée comme ayant ou devant acquérir un titre successif à l'égard de l'autre partie ou d'un tiers »[3]. Capitant démontra l'inexactitude de cette précision et exposa la nécessité d'un caractère éventuel du droit

---

325[1]. Voirin, obs. aux J.C.P. 1940.2.1583-I, 1941.2.1700-III, 1943.2.2129-I, au J.C.P.N. 1946.2.3287-II, au J.C.P. 1961.2.11969-II; Savatier, obs. à la R.T.C. 1925.398, 1936.714, 1940-41.623, *Cours de Droit Civil* t.3, 1945 n° 550, et note au D. 1962.J.217-IV, et obs. R.T.C. 1962.143; De Page, t. IX, n° 553; Depierrrois, art. cit. 314[2], n° 7; Patarin, obs. au J.C.P. 1965.2.13819-I.

Cpr. Boulanger, *op. cit.* 313[1], n° 25 et 50.

326[1]. Civ. 9 mai 1894, *Dubosc*, S. 1894.1.336.

326[2]. Civ. 24 janv. 1928, *Marty*, S. 1929.1.137, note Vialleton; Civ. 11 janv. 1933, *Crémieux*, D. 1933.1.10, note Capitant, S. 1933.1.161, note Gény; Civ. 22 nov. 1949, *Royer de Lencloys*, J.C.P. 1950.2.5322, obs. Becqué, S. 1950.1.113.

326[3]. Nast, th. cit. 310[3], n° 189. Et Gény, note au S. 1928.2.33, § 2 (p. 35 col. 3); Maux, th. cit. 310[3] pp. 120-125; Zimmermann, th. cit. 310[3], p. 73; Cpr. Morin, *Le pacte sur succession future en droit positif français*, thèse Paris 1931, pp. 47-51; *Adde*: Pilon, rapport sur Req. 26 mars 1935, *De Castellane*, S. 1936.1.81.

qui fait l'objet de la convention[4]. La doctrine et la jurisprudence actuelles ont adopté cette position[5]. Elle tient en la formule utilisée par les arrêts: « Toute stipulation ayant pour effet d'attribuer un droit éventuel sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi, encore que celui de la succession duquel il s'agit y ait consenti »[6].

Le pacte sur succession future réunit donc trois éléments: c'est une *convention* ayant pour objet des droits purement *éventuels* dans une *succession non ouverte*. L'avancement d'hoirie présente-t-il ces éléments?

327. — L'existence de l'élément conventionnel ne fait pas question, puisque par hypothèse nous nous en tenons à l'avancement d'hoirie conclu par donation entre vifs.

Un acte unilatéral ne peut pas encourir la qualification de pacte sur succession future; par conséquent l'avancement d'hoirie testamentaire est hors de cause. La même stipulation constitue ou non un pacte sur succession future selon qu'elle est insérée dans une donation ou dans un testament. Le seul cas dans lequel un testament puisse se voir appliquer le régime des pactes successoires est celui où il intervient à cause d'un engagement pris antérieurement par le légataire à l'égard du testateur. Les deux actes sont les éléments d'une convention unique, qui s'analyse en un pacte sur succession future[1].

En notre matière, il faudrait supposer que le légataire s'engage par avance à effectuer le rapport du legs qui va lui être adressé. Cela se conçoit de deux façons. Ou bien le légataire entend simplement confirmer la disposition légale qui donne effet à la stipulation de rapport des legs quand le gratifié vient à la succession; cet engagement étant inutile, il est peu probable qu'on le rencontre; s'il est la cause du testament, le tout constitue un pacte sur succession future[2]. Ou bien le légataire accepte par avance la succession du testateur, ce qui est un pacte sur succession future prohibé caractérisé; sa nullité certaine rejaillira sur le testament, si l'engagement est la cause du legs. Mais il s'agit là de cas exceptionnels.

328. — Les éléments successoral et éventuel du pacte sur succession future sont beaucoup plus difficiles à déceler que l'élément conventionnel.

326[4]. Capitant, note au D. 1929.2.105, et art. cit. 321[1], Revue Critique 1933, pp. 86-115, n° 13-14.

326[5]. Bevin, th. cit. 321[1], pp. 33-36; Boulanger, *op. cit* 313[1] (Rép. Civ. Dalloz), n° 11-16; Ripert et Boulanger, t. 4, n° 1492-1494.

326[6]. Civ. 2 août 1950, *Coursin*, J.C.P. 1951.2.6059, obs. Guiho (Cpr. Civ. 22 nov. 1949, *Royer de Lencloys*, précité 326[2], où pointe l'exigence de l'élément éventuel); Com. 18 oct. 1955, *Gatellier*, D. 1956.J.281, note Esmein, J.C.P. 1956.2. 9057, obs. Alibert; Chambres Réunies 28 avr. 1961, *Gatellier*, J.C.P. 1961.2.12135, obs. Bastian, D. 1961.J.697, note Besson; Civ. 9 déc. 1964, *Simon*, G.P. 1965.1.190.

327[1]. Req. 25 janv. 1853, *Stewart*, D. 1853.1.43.

327[2]. Cpr. en matière de donation, *infra* n° 353.

Peut-être apparaissent-ils si l'on considère l'avancement d'hoirie comme une libéralité sous condition de renonciation du bénéficiaire à la succession du disposant. Cette analyse a été faite en doctrine[1]. Il s'agissait pour ses partisans de démontrer que les libéralités sous condition de renonciation sont valables. Le gratifié en avancement d'hoirie, affirmait-on, doit répudier l'hérédité s'il veut conserver le bénéfice de sa libéralité. C'est un pacte sur succession future, puisqu'il impose au gratifié de renoncer à ses droits éventuels dans une succession non ouverte. Or il est licite. Pourquoi les autres libéralités faites sous la même condition ne le seraient-elles pas de même?

En réalité cette argumentation est inexacte. Les libéralités sous condition de renoncer ne sont pas nécessairement des pactes sur succession future. La jurisprudence et la doctrine modernes distinguent les deux sens du terme « condition », et opposent les libéralités qui sont établies sous une condition potestative et celles qui sont accompagnées d'une obligation de renoncer[2]. Les premières ne constituent pas des pactes prohibés, puisqu'elles considèrent la renonciation simplement comme un événement futur et incertain et n'engagent pas le gratifié; seules les secondes, beaucoup plus rares, sont frappées par la prohibition. Or l'avancement d'hoirie se range incontestablement parmi les premières, si même il est une libéralité conditionnelle. Et cette dernière qualification est certainement erronée lorsque le rapport s'exécute en valeur et que le gratifié conserve le bien contre indemnité; et elle est douteuse lorsque le rapport s'opère en nature, bien qu'alors il se présente comme une condition résolutoire de la donation[3].

De façon générale, on conçoit mal les éléments successoral et éventuel dans l'avancement d'hoirie, parce qu'il s'agit d'une donation de biens présents. Il suffit de considérer que l'article 1130 du Code Civil présente le pacte sur succession future comme une dérogation à la possibilité de faire porter un contrat sur un objet futur, pour pressentir la difficulté. Un bien présent ne semble pas pouvoir revêtir un aspect successoral, et le droit qui est conféré sur lui, pour peu qu'il soit immédiat, ne doit rien avoir d'éventuel.

§ 1. — L'élément successoral.

329. — L'objet du pacte sur succession future doit nécessairement constituer en une succession non ouverte ou en une partie d'une telle succession, quote-part ou bien déterminé (*res singularis*). C'est ce dernier

---

328[1]. Grenier, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. 1, 1812, p. 694; Troplong, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. 1, 1855, n° 269.

L'analyse n'a pas été faite en jurisprudence. On cite souvent Angers 27 juill. 1827, *Cailleau*, D. 1828.2.120; mais cet arrêt n'est pas relatif à un avancement d'hoirie et ne se préoccupe pas de ce type d'acte.

328[2]. Cf. Capitant, art. cit. 321[1], n° 20; Zimmermann, th. cit. 310[3], pp. 95-106; Bevin, th. cit. 321[1] pp. 181-184.

328[3]. *Infra* n° 359-399.

type d'objet que présente l'avancement d'hoirie. Le bien transféré est-il successoral? Il sort du patrimoine du donateur avant l'ouverture de la succession; il faudrait cependant qu'il s'intègre à son hérédité future. Il est deux façons de concevoir cette intégration; l'une est matérielle: elle exige la remise du bien dans la succession; l'autre est intellectuelle: elle se contente de la considération du bien comme élément d'une succession future.

A. — Le rapport remet-il le bien dans la succession ?

330. — *a*) Dans le cas du rapport en nature, le bien se trouve incontestablement restitué de façon matérielle à la succession. Les effets de ce mode d'exécution sont ceux d'une résolution[1], qui fait disparaître le transfert de propriété qui avait fait sortir le bien du patrimoine du *de cujus*. Le résultat est certain, même si l'analyse de la technique de restitution prête à discussion[2].

On peut être tenté de considérer que cette restitution n'empêche pas que le bien ne figure pas dans la succession à l'instant où il fait l'objet du contrat: il est alors un bien présent; et cela l'empêcherait de présenter le caractère successoral requis de l'objet du pacte sur succession future[3]. Mais la succession n'a d'existence qu'à partir de l'instant du décès, et à cette-époque là le bien donné y figure. L'objet de l'avancement d'hoirie est une partie de la succession du disposant.

Cependant il est difficile de reconnaître le caractère de pacte sur succession future à l'avancement d'hoirie rapportable en nature. Le propre de la résolution n'est-il pas d'effacer rétroactivement la donation? Le bien est censé n'être jamais sorti du patrimoine du défunt, n'avoir jamais fait l'objet d'un pacte. Cette conclusion rejoint la position des auteurs qui ne font pas appel au critère technique strict que nous utilisons. Ils affirment en effet que la convention de rapport en nature, qui laisse jouer le partage légal et, partant, la dévolution légale, et qui ne règle pas le sort du bien successoral affecté, ne saurait constituer un pacte sur succession future[4].

Mais quelques doutes surgissent. D'abord l'existence d'une résolution, qui n'est affirmée par aucun texte, peut être discutée[5]; il peut y avoir simple restitution matérielle, n'effaçant pas le contrat. Ensuite, même si le rapport est résolutoire, il est difficile de considérer que l'acte n'a jamais existé; le donataire a reçu, au moins temporairement, une

---

330[1]. *Infra* n° 361-371.
330[2]. *Infra* n° 384-398.
330[3]. P. Dumas, rapport sur Req. 2 mars 1936, *D'Uzès*, D. 1936.1.112.
330[4]. Batiffol, note au S. 1937.1.289, partie relative à l'arrêt *D'Uzès* du 2 mars 1936; Voirin, obs. au J.C.P. 1940.2.1583, I.
330[5]. *Infra* n° 384-398.

avance sur la succession. Enfin l'avancement d'hoirie rapportable en nature peut se transformer en avancement d'hoirie rapportable en moins prenant; mais dans ce cas, le bien peut-il encore être considéré comme successoral?

331. — *b*) Dans le cas du rapport en valeur, la restitution matérielle du bien à la succession est absolument exclue. Le donataire est propriétaire incommutable du bien qui lui est attribué par la donation. Par conséquent il ne doit pas se poser de problème: le bien n'étant pas remis dans la succession, le contrat ne porte pas sur un objet successoral et il n'y a pas pacte sur succession future. Une théorie subtile surmonte cependant l'obstacle.

Avant les réformes de 1938, l'idée a été lancée que le rapport en moins prenant participe de la nature résolutoire attribuée au rapport en nature[1]. En effet, à cette époque le rapport en valeur était exceptionnel et on pouvait considérer que, si techniquement il n'était pas exactement une résolution, il s'en rapprochait dans la mesure du possible, notamment par son système de calcul. Le rapport pouvait paraître, de façon générale, d'essence résolutoire[2]. Cette théorie ne s'est pas effondrée à la suite de la généralisation du rapport en valeur et de la substitution de la date de la donation à celle du décès ou du partage pour l'évaluation de son montant, car elle présente encore d'autres arguments. Mais nous démontrerons ultérieurement qu'elle est erronée[3]. Le rapport en valeur ne peut en aucune façon être tenu pour une remise du bien dans la succession.

332. — L'objection tenant à ce que l'objet de la convention litigieuse consiste en des biens présents a été adressée à l'analyse de la donation-partage en pacte sur succession future[1]. En effet les biens donnés dans le partage d'ascendant sortent définitivement du patrimoine du disposant par l'acte, et ne sont soumis à aucune restitution à la succession. Pourtant la doctrine est à peu près unanime à reconnaître que la donation-partage constitue un pacte sur succession future[2].

Mais il est impossible de transposer la qualification du partage d'ascendant en matière d'avancement d'hoirie. Car elle tient à des éléments extérieurs aux caractères des biens qui font l'objet du contrat. Les raisons de la qualification sont propres à la structure de l'institution[2].

331[1]. Pourvoi sur lequel a été rendu l'arrêt Req. 2 mars 1936, *D'Uzès*, D. 1936.1. 111; Batiffol, note au S. 1937.1.289, partie relative à l'arrêt *D'Uzès*, suivi par les auteurs cités *infra* 373[1].

331[2]. Cette théorie entraîne l'impossibilité pour le préciput d'être un pacte sur succession future. En effet le bien, soustrait à tout rapport, n'a aucune vocation à être remis dans la succession.

331[3]. *V.* l'exposé et la réfutation *infra* n° 372-383.

332[1]. Nast, th. cit. 310[3], n° 362 et 201; Maux, th. cit. 310[3], p. 158; De Page, t. IX, n° 553.

332[2]. *Infra* n° 345-346.

De plus, si l'on s'attache à l'examen des biens, il est certain qu'il est plus aisé d'y reconnaître des éléments de la succession future du disposant qu'en matière d'avancement d'hoirie. Car, d'une part, la théorie de la présuccession reste imprimée, inconsciemment mais fortement, dans l'esprit des analystes du partage d'ascendant; et d'autre part, de façon plus positive, la donation-partage s'impute toujours sur la réserve, qui est par définition une partie de la succession du disposant.

333. — La considération de l'imputation de l'avancement d'hoirie sur la réserve peut permettre de reconnaître le caractère successoral de l'objet du contrat. En effet l'avancement d'hoirie attribue au donataire des biens qui constituent sa part réservée, c'est-à-dire incontestablement des éléments de la succession du disposant. Mais les bénéficiaires des avancements d'hoirie ne sont pas toujours héritiers réservataires; le contrat n'attribue donc pas toujours des éléments de la réserve. L'analyse n'est pas suffisamment générale pour s'appliquer à tous les avancements d'hoirie.

Cependant, ajoutera-t-on, même si le donataire n'est pas réservataire, l'objet de sa donation peut figurer dans la réserve. En effet l'avancement d'hoirie peut fort bien empiéter sur la réserve des cohéritiers du gratifié, et se trouver réductible. La situation peut se renconter lorsqu'un donataire non réservataire concourt à la succession avec un réservataire; elle existe souvent aussi lorsque le donataire est réservataire: dans ce cas le caractère successoral des biens donnés, déjà relevé, se trouve renforcé.

En réalité le raisonnement est inefficace. Car, si la réduction s'opère en valeur, ce qui est le cas général aujourd'hui, le bien ne figure pas matériellement dans la succession. La qualification de réserve se reporte sur l'équivalent fourni aux réservataires demandeurs. Le bien n'est plus successoral. Si la réduction s'opère en nature, le bien est remis réellement dans la succession. Il est incontestablement successoral. Mais, cette réduction s'analysant en une résolution, la situation est alors la même qu'en matière de rapport en nature résolutoire: le pacte sur succession future soupçonné est rétroactivement effacé! D'ailleurs, si l'on admettait que la réductibilité en nature de l'avancement d'hoirie fait de celui-ci un pacte sur succession future, il faudrait décider que toutes les donations consenties par une personne ayant des héritiers à réserve sont des pactes sur succession future[1]; ce que nul ne songe à soutenir.

Finalement, si l'on s'attache à l'intégration matérielle du bien dans la succession, l'avancement d'hoirie ne porte pas de façon générale sur un objet successoral. Mais peut-être la simple considération d'un bien comme élément d'une succession future suffit-elle?

333[1]. Bevin, th. cit. 321[1], p. 122.

B. — L'INTÉGRATION INTELLECTUELLE DU BIEN A LA SUCCESSION :

On peut soutenir deux conceptions pour faire figurer le bien, qui fait l'objet de l'avancement d'hoirie, parmi les éléments que comprend la notion non plus matérielle, mais intellectuelle, de masse successorale.

334. — La première consiste à mettre l'accent sur le concept de rapport. Par définition même, le rapport, quelle que soit sa technique, remet le bien donné dans la succession. L'idée est proche parente de celle qui anime la théorie du rapport en moins prenant résolutoire.

Mais une telle thèse est ambiguë. S'attachant à une analyse du rapport, elle renvoie à sa structure technique. Or celle-ci, ainsi que nous l'avons noté, ne correspond pas à une restitution véritable du bien à la succession, D'autre part, si l'on envisage l'idée sous son aspect psychologique, elle est trop précise: car elle exclut, *a contrario*, du champ des pactes sur succession future, le préciput, qui ne fait l'objet d'aucune remise dans la succession.

Et la conception de l'effet du rapport ne correspond pas à la jurisprudence catégorique, qui déclare que les biens rapportables en moins prenant, faisant l'objet d'un désaisissement actuel et irrévocable, ne constituent pas les éléments d'une hérédité future[1].

335. — Abandonnant les recherches d'ordre objectif, qui s'avèrent infructueuses, on peut préférer insister sur les caractères subjectifs du contrat, sur les intentions des parties. La question est alors simplement de savoir si les contractants envisagent le bien comme élément d'une succession future.

En matière de donation-partage, acte qui, comme l'avancement d'hoirie, porte sur des biens présents, la doctrine est très sensible au résultat de cette approche de l'objet de la convention[1]. Les biens attribués le sont en qualité de composants de la succession à venir du disposant. Leur répartition est faite par anticipation sur le partage de la succession.

Or en concluant l'avancement d'hoirie, de même qu'en convenant du préciput, les parties se réfèrent de façon évidente à la succession future du disposant. Ainsi que l'indiquent les expressions employées, l'avancement d'hoirie est une avance sur l'hérédité et le préciput est un avantage pris avant que la répartition ordinaire ne soit opérée.

Certes le recours à un tel raisonnement tend à nous éloigner de la précision que poursuit le critère technique de la jurisprudence; mais il ne s'oppose pas à celui-ci. Et de toute façon la constatation de l'objet

---

334[1]. Req. 2 mars 1936, *De Crussol d'Uzès*, D. 1936.1.111 avec le rapport DUMAS, S. 1936.1.189, G.P. 1936.2.155; Trib. civ. St-Etienne 14 oct. 1937, *Robert*, R.G.N. 1938 art. 25099.

335[1]. Cf. BEUDANT-VOIRIN, t. 7, n° 452, p. 254; VOIRIN, obs. au J.C.P. 1953.2.7760.

successoral ne suffit pas à entraîner la qualification de pacte sur succession future. Il faut qu'elle soit appuyée par la certitude du caractère éventuel de cet objet.

§ 2. — L'élément éventuel.

336. — Le caractère éventuel des droits qui font l'objet de la convention est l'élément-clef de la définition technique du pacte sur succession future[1]. Car, des deux autres éléments, l'un, l'existence d'un contrat, est une évidence, et l'autre, le caractère successoral de l'objet, peut faire l'objet d'une appréciation bienveillante.

Or la définition du droit éventuel est assez floue.

Ce n'est pas qu'il soit impossible de préciser la notion en soi. Les recherches de DEMOGUE[2], puis celles de M. VERDIER[3], l'ont fait de façon cohérente. Le droit éventuel est un droit de formation, qui s'oppose à la simple expectative, qui est le néant. Mais la jurisprudence relative au pacte sur succession future ne comprend pas ainsi la réalité qu'elle désigne par l'expression. Pour elle, par exemple, le droit de l'héritier dans une succession non ouverte est un droit éventuel, alors que dans la théorie de M. VERDIER c'est une expectative[4]; par contre le droit conditionnel, qui pour M. VERDIER constitue une forme du droit éventuel[5], s'oppose nettement en jurisprudence à ce dernier[6].

Déterminer de façon positive ce que la jurisprudence entend par droit éventuel est malaisé. Ce qui est certain, tant en jurisprudence qu'en doctrine, c'est la dépendance de ce droit par rapport à un événement futur. Pour la jurisprudence cette dépendance de l'avenir entraîne une incertitude du droit éventuel. Cette incertitude l'oppose aux deux autres types de droits projetés dans l'avenir[7]. Le droit conditionnel est certain dès la conclusion du contrat, car la réalisation de l'événement futur rétroagit à cette date. Le droit à terme suspensif est définitivement constitué dès le contrat, seule son exigibilité est retardée; celui qui s'est engagé doit s'abstenir de tout acte qui mettrait obstacle à l'exécution; le droit à terme peu naître d'une « promesse *post mortem promittentis* », qui est bien distincte du pacte sur succession future.

336[1]. *V.* CAPITANT, art. cit. 321[1], n° 13-14; BEVIN, th. cit. 321[1], pp. 33-39.

336[2]. DEMOGUE, *De la nature et des effets du droit éventuel*, R.T.C. 1906, pp. 231-319.

336[3]. VERDIER, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse Paris 1954, éd. Paris 1955.

336[4]. VERDIER, thèse précitée 336[3], n° 85-103.

336[5]. VERDIER, thèse précitée 336[3], n° 221 et suivants.

336[6]. L'application au critère du pacte sur succession future de la définition de M. VERDIER a été tentée par M. DONNIER, art. cit. 324[3], pp. 645-652. Elle aboutit au bouleversement total des solutions acquises.

336[7]. CAPITANT, art. cit. 321[1], n° 14 et 16; BEVIN, th. cit. 321[1], pp. 35-36; BOULANGER, *op. cit.* 313[1] (Encyclopédie Dalloz), n° 11-16; RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 1493 et 1494.

L'incertitude d'un droit éventuel peut se marquer de deux façons: quant à son existence et quant à sa consistance. Or le caractère de biens présents des éléments du patrimoine du disposant qui sont transférés par l'avancement d'hoirie, paraît avec évidence incompatible, sur un point comme sur l'autre, avec l'incertitude requise des droits qui font l'objet de pactes sur successions futures.

337. — Avant de vérifier cette apparence, il convient de mettre hors de cause un arrêt catégorique de la Cour de Cassation du 3 décembre 1958[1], qui déclare que « la disposition portant sur des biens présents n'est pas nécessairement exclusive du pacte sur succession future, lequel résulte de toute stipulation ayant pour objet d'attribuer, en dehors des cas limitativement déterminés par la loi, un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte ». Certains auteurs en ont conclu que les biens présents, quoique transférés immédiatement, peuvent faire l'objet d'un pacte sur succession future[2]. En réalité cet arrêt ne pose pas un principe technique général. Sa formule ne doit pas être abstraite de son contexte. Il s'agissait en l'espèce de la vente d'un immeuble moyennant un prix payable au décès du vendeur. Ce prix correspondait exactement aux frais entraînés par un legs que le vendeur faisait au fils de l'acquéreur, dépenses qu'il mettait à la charge de sa succession et dont il ordonnait le règlement par prélèvement sur le prix. La Cour insiste sur le lien existant entre la vente et le testament. Le pacte sur succession future tenait en effet précisément à ce que les parties à la vente avaient stipulé sur les frais éventuels du légataire dans la succession future du vendeur. Mais la décision ne parvient pas à exprimer techniquement l'opération condamnée. C'est pourquoi elle lance des affirmations absolues, de même qu'elle recourt à l'ancienne définition du pacte sur succession future « attribution de droit privatif sur une succession non ouverte », et qu'elle donne dans la psychologie en déclarant que l'acte est illicite parce que le testateur-vendeur « se trouve avoir... réalisé de son vivant le règlement anticipé de sa succession ».

Le seul problème est de savoir s'il n'existe pas en matière d'avancement d'hoirie une éventualité qui n'apparaîtrait pas au premier abord.

A. — Eventualité quant a l'existence du droit conféré?

338. — Pour que le droit qu'acquiert le gratifié en avancement d'hoirie soit éventuel quant à son existence, il faudrait, soit que la propriété du bien ne soit pas immédiatement transmise, soit qu'elle puisse être enlevée au donataire. Encore cette dernière façon de concevoir l'éventualité peut-elle paraître fort libérale. Car le droit enlevé aura

---

337[1]. Civ. 3 déc. 1958, *Foucher*, Bull. Cass. Civ. 1958.1.439.

337[2]. Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse Grenoble 1960, éd. Paris 1961, n° 99.

existé pleinement pendant un laps de temps; or l'éventualité n'est-elle pas l'espérance d'un droit à venir? Certes; mais c'est à l'instant de l'ouverture de la succession que doit s'apprécier l'éventualité du droit antérieurement conféré dans cette succession; si à cet instant il peut ne plus exister, c'est qu'il a été éventuel.

339. — Or la donation attribue au bénéficiaire de l'avancement d'hoirie un droit actuel sur un bien présent. Un bien déterminé existant se trouve transmis immédiatement à une personne qui en devient aussitôt propriétaire. L'incertitude qui accompagne l'engagement de transmission future d'une chose présente, ou la transmission présente d'une chose future, ne peut pas se présenter.

Certes il peut se trouver des avancements d'hoirie qui portent sur des biens à venir. Il n'est pas inconcevable de soumettre au rapport une institution contractuelle, même ne portant aucunement sur des biens présents. Si les biens à venir sont déterminés, l'utilité de l'opération est celle d'un legs rapportable[1]. Par contre, si l'institution est faite à titre universel, assortie d'un rapport, elle est inutile, sauf si le caractère universel provient de l'attribution d'une quote part de tous les immeubles ou de tous les meubles; mais techniquement la clause de rapport est possible[2]. Dans ces hypothèses, le droit conféré à l'institué peut se révéler inexistant à l'époque de l'ouverture de la succession: l'instituant peut ne pas avoir acquis les biens ou les avoir aliénés à titre onéreux. Mais alors la qualification de pacte sur succession future, qui s'applique incontestablement à ces actes, n'a pas à être recherchée dans une analyse de l'avancement d'hoirie; c'est celle de l'institution contractuelle.

De façon générale on peut considérer que le fait que les donations sont irrévocables et exigent un désaisissement actuel, c'est-à-dire définitif et certain, rend la qualification de pacte sur succession future inapplicable à ce type d'acte.

340. — Le droit du donataire ne souffre pas non plus d'une incertitude tenant à une menace d'anéantissement par un événement futur.

339[1]. Cf. Civ. 15 janv. 1952, *Bertrand*, J.C.P. 1952.2.6944, et les obs. Cavarroc, point IV.

Certains auteurs ont songé à cette institution contractuelle comme substitut de la clause commerciale nulle. Cf. Bevin, th. cit. 329[1], p. 63.

339[2]. Il semble que la présomption de préciput établie par l'art. 843 C.civ. s'applique à l'institution contractuelle, qui, quant à l'efficacité, est plus proche du legs que du don; et qu'une stipulation expresse soit nécessaire pour assujettir cette libéralité au rapport. C'est ainsi que la pratique n'a jamais songé à qualifier la donation entre époux d'avancement d'hoirie, bien qu'aujourd'hui le conjoint soit héritier. Précisons d'ailleurs que si l'institution est universelle (et non à titre universel) et qu'en conséquence l'institué ne fait pas usage de sa qualité d'héritier, le rapport n'est pas dû (art. 857 C.civ.).

En cas de préciput et en cas d'avancement d'hoirie rapportable en valeur, la propriété transmise est incommutable[1]. Le gratifié ne court pas le risque d'une restitution intégrale. Il n'y a pas à réserver le cas de la donation par contrat de mariage. Celle-ci peut être faite sous condition potestative (art. 947 et 1086 C.civ.), et par conséquent, à la limite, être détruite par la volonté du disposant. Mais le propre de toute condition est la rétroactivité de son effet, qui soustrait le droit conditionnel à l'incertitude de l'éventualité.

En cas de donation rapportable en nature, le bien peut être enlevé au donataire. Mais, si l'on admet que ce mode de rapport constitue une résolution rétroactive, le droit se trouve n'avoir jamais été éventuel. Cependant cette analyse peut être contestée[2]; et alors le droit du bénéficiaire de l'avancement d'hoirie peut être considéré comme éventuel quant à l'existence. Le rapport en nature étant actuellement fort rare, le domaine de cette constatation, qui n'est d'ailleurs pas indiscutable, est très limité. Le rapport en moins prenant qui accompagne la plupart des avancements d'hoirie ne donne pas prise à la qualification de pacte sur succession future de la donation.

341. — Comme l'exprime un arrêt de la Cour de Nancy du 2 novembre 1950[1], « le pacte sur succession future interdit par les articles 943 et 1130 du Code Civil, s'entend d'une convention relative à une succession non ouverte et par laquelle l'une des parties se fait attribuer ou abdique des droits purement éventuels dans cette succession;... (donc) l'acte de donation dont il s'agit ne saurait être tenu pour un pacte sur succession future, puisque la donation emporte désaisissement actuel, immédiat et irrévocable de la chose donnée ».

L'existence du droit du donataire est certaine. Mais peut-être sa consistance, qualité moins apparente, est-elle soumise à une éventualité.

B. — Eventualité quant a la consistance du droit?

342. — On conçoit que le droit du donataire soit éventuel quant à sa consistance, s'il peut varier dans son importance entre la date de la donation et celle de l'attribution définitive de la succession. C'est ainsi qu'est comprise, sous l'un de ses aspects, l'éventualité des droits du bénéficiaire de la clause commerciale, qui est qualifiée de pacte sur succession future; le fonds de commerce, qui en fait l'objet, peut se trouver amputé d'une partie de ses éléments, voire disparaître, entre le contrat et l'ouverture de la succession[1]. De même, par la clause de

---

340[1]. *V. supra* n° 63-66.

340[2]. *Infra* n° 384-398.

341[1]. Nancy 2 nov. 1950, *Reinbolt*, G.P. 1951.1.24; à rapprocher de Req. 2 mars 1936, *D'Uzès*, cité *supra* 334[1].

342[1]. Cf. Savatier, obs. R.T.C. 1962.141; de plus, quant à l'existence du droit, les parties ignorent si le bénéficiaire survivra et profitera de la clause.

continuation de société entre les associés survivants, les contractants n'acquièrent que des droits éventuels parce que la valeur des parts sociales peut varier entre la conclusion du contrat de société et l'ouverture de la succession du prémourant[2].

343. — Le caractère de bien déterminé et présent de l'objet de l'avancement d'hoirie s'oppose à l'existence d'une éventualité quant à la consistance du droit conféré.

La transmission de la propriété a lieu dès le contrat, et elle porte sur un élément de la succession future bien précis. Les éventuelles variations postérieures de la consistance du bien intéressent le donataire en tant que propriétaire et non en tant que titulaire d'un droit dans une succession à venir.

Un arrêt a annulé comme pacte sur succession future un avancement d'hoirie portant sur des immeubles déterminés, parce que les droits conférés étaient « éventuels dans leur consistance »[1]. Mais en l'espèce la donation ne transférait pas les immeubles en tant que tels, ou une quote-part fixe de ceux-ci; son objet était la part réservataire des successibles gratifiés dans ces immeubles. Or celle-ci peut varier jusqu'au décès. La quote-part attribuée était donc incertaine. L'avancement d'hoirie ordinaire porte sur le bien déterminé envisagé *in extenso* ou pour une fraction invariable.

Il a parfois été relevé que le quantum des droits héréditaires du successible gratifié est inconnu avant le décès. Or la donation constitue une avance sur ces droits. Par conséquent l'objet de la donation est un droit éventuel[2]. Le raisonnement n'est pas pertinent, car l'objet du contrat ne consiste pas en les droits héréditaires du donataire envisagés *in abstracto*, mais en un bien déterminé, qui en fait peut-être partie, mais qui est envisagé *in concreto* et dont la consistance est définitivement fixée. L'argument traduit un abandon discret du critère technique du pacte sur succession future et un retour à la notion floue qui voit un pacte sur succession future dans toute convention relative à une succession non ouverte.

344. — Peut-être l'éventualité dans la consistance du droit tient-elle à une remise en question de la propriété du donataire lors du décès? L'étendue du droit de l'héritier gratifié peut se trouver diminuée par une éventuelle réduction. La consistance de l'acompte sur la succession se révèle inférieure à celle qu'escomptait son bénéficiaire.

342[2]. En outre les associés ne savent pas lesquels d'entre eux survivront et profiteront de la clause.

343[1]. Bordeaux 8 juin 1954, *Deyriard*, G.P. 1954.2.289, obs. Savatier R.T.C. 1954.681.

343[2]. Pellegrin, th. cit. 337[2], n° 100 p. 166, à propos de la donation-partage.

Mais techniquement cette éventualité est une pure apparence. Si la réduction s'opère en nature, elle s'analyse en une résolution rétroactive; par conséquent le donataire est censé n'avoir jamais été propriétaire de la fraction du bien qui lui est retirée; son droit n'était pas éventuel, il n'a jamais existé. Si la réduction s'opère en valeur, le donataire conserve sa propriété; elle n'est donc pas éventuelle. D'ailleurs de façon générale, si l'on se fondait sur la réductibilité pour la qualification de pacte sur succession future des donations, on devrait considérer la plupart d'entre celles-ci comme de tels pactes!

Il s'impose donc de constater le défaut d'élément éventuel dans l'avancement d'hoirie. Pourtant la donation-partage, acte voisin, est qualifiée de pacte sur succession future. Son exemple ne peut-il pas nous révéler le caractère qui nous échappe?

C. — Influence de la donation-partage :

345. — La nature des droits conférés aux donataires copartagés par la donation-partage est fort semblable à celle des droits du donataire en avancement d'hoirie. Dans les deux cas le pacte transfère de façon immédiate la propriété de biens présents. De plus, les deux opérations poursuivent la même fin d'allotissement anticipé des successibles.

Or la donation-partage est à peu près unanimement reconnue comme pacte sur succession future[1]. Même si l'on fait la part des auteurs qui ne recourent pas au critère technique du pacte[2], l'importance de cette doctrine[3] est telle qu'il importe d'en examiner les arguments et de tenter de les transposer en notre matière.

346. — Les raisons qui fondent la qualification appliquée à la donation-partage sont fort particulières.

L'imputation des lots du partage d'ascendant sur la réserve des descendants gratifiés, qui peut se retrouver dans l'avancement d'hoirie, est en soi étrangère à l'appréciation du pacte. Car, si de ce fait les droits

---

345[1]. Le seul spécialiste qui dénie le caractère de pacte sur succession future à la donation-partage est M. Pellegrin, th. cit. 337[2], n° 106-112. Mais cet auteur fonde sa position sur la similitude qui existe entre donation-partage et avancement d'hoirie; comme il est impossible que cette dernière institution constitue un pacte sur succession future, le partage d'ascendant n'entre pas non plus dans cette catégorie. Si l'on fait abstraction de cette affirmation *a priori*, cet auteur rejoint la doctrine classique, dont il reprend les arguments, quitte à les neutraliser au moyen du bouclier de l'avancement d'hoirie.

345[2]. Capitant, art. cit. 321[1], n° 6 p. 93; Beudant-Voirin, t. 7, n° 452 p. 254; Zimmermann, th. cit. 310[3], pp. 55-56; Voirin, obs. aux J.C.P. 1943.2.2342 et 1953.2. 7760.

De même: Douai 10 nov. 1853, *Lebon*, S. 1854.2.417, D. 1855.2.170; Civ. 16 sept. 1940, *Roger*, J.C.P. 1940.2.1583, obs. Voirin, D.H. 1940.173.

345[3]. Notamment: Nast, th. cit. 310[3], n° 363; Pascan, th. cit. 310[3], pp. 281-283; Maux, th. cit. 310[3], pp. 158-159.

transférés sont successoraux, ils ne sont pas pour autant éventuels; en effet il s'agit, là encore, de biens présents, tranférés immédiatement et incommutablement.

Mais cette imputation donne une résonance considérable à la règle selon laquelle un partage d'ascendant déséquilibré de moins du quart d'une part ne peut pas être attaqué pour lésion. Si la quotité disponible a été épuisée, cette lésion porte nécessairement atteinte à la part de réserve du descendant désavantagé. Si bien qu'en contractant la donation-partage, chacun des copartagés renonce par anticipation à une partie de ses droits héréditaires éventuels[1-2]. Certes l'atteinte à la réserve peut être réparée grâce à l'article 1079 du Code Civil, dans le cas où c'est l'enfant avantagé par le déséquilibre qui bénéficie de la disposition portant sur le disponible; mais le phénomène est rare et le plus souvent imprévisible à l'instant de la convention; aussi la renonciation est-elle véritable et y a-t-il nécessairement pacte sur succession future.

D'autre part, la donation-partage contient une renonciation au rapport[3]. Elle est nécessaire à la réalisation de son but, qui est de faire un partage définitif indépendant de la dévolution successorale ordinaire. Or cet abandon du rapport n'est pas le fait d'une dispense d'ordre préciputaire, puisque les attributions s'imputent sur la réserve, comme des avancements d'hoirie; c'est le fait d'une renonciation de chacun des copartagés. Le rapport constituant un droit héréditaire et éventuel, la convention de partage d'ascendant est un pacte sur succession future.

Les arguments de la qualification de la donation-partage sont donc propres à cette institution et ne peuvent pas être transposés à l'avancement d'hoirie. Celui-ci est rebelle à toute application des caractères successoral et éventuel aux biens qui en font l'objet. Cependant l'examen du partage d'ascendant suggère que d'autres éléments que les biens donnés peuvent également servir d'objet à l'acte. C'est l'une des bases de la certitude de la qualification de pacte sur succession future de l'avancement d'hoirie.

Section III

CERTITUDE DE LA QUALIFICATION DE PACTE SUR SUCCESSION FUTURE

347. — La tentative de soumission de l'avancement d'hoirie au critère technique s'est révélée infructueuse. Cependant les décisions judiciaires, qui font à peu près totalement défaut quant à la qualification

346[1]. Eventuels, puisque, si l'enfant renonce, il n'a plus droit à sa réserve.

346[2]. Nast, *op. et loc.* cit. 345[3].

346[3]. Pascan, th. cit. 310[3], p. 281; Maux, *op. et loc.* cit. 345[3]; Hébraud, art. cit. 322[1], Mélanges Savatier, 1965, p. 345.

de l'avancement d'hoirie lui-même, sont nombreuses à affirmer que les conventions, autres que la libéralité elle-même, relatives au rapport constituent des pactes sur succession future. Cela incite à reconsidérer le problème; car, d'une part, on conçoit mal un traitement différent pour ces conventions et pour celles qui créent le rapport, et, d'autre part, c'est bien évidemment au critère technique, seul admis en jurisprudence, que se réfèrent les décisions catégoriques relatives aux contrats annexes. La fermeté de la qualification de pacte sur succession future appliquée par les arrêts aux conventions relatives au rapport impose la certitude d'une qualification identique des conventions créatrices du rapport. De la sorte se trouve reconstituée l'unité des contrats qui concernent le rapport.

§ 1. — La qualification jurisprudentielle des conventions relatives au rapport.

348. — Les conventions dont le rapport des libéralités fait l'objet sont fort nombreuses, car le rapport est un élément essentiel de l'organisation du règlement successoral. Les parties éprouvent souvent le besoin de le réaménager postérieurement au contrat de donation. De leur côté les cohéritiers du gratifié peuvent vouloir fixer leur situation avant que l'ouverture de la succession ne déclenche le mécanisme dont ils sont les bénéficiaires. Les contrats autres que la création de rapport peuvent être regroupés en trois catégories, selon l'effet sur le contrat originel qu'ils poursuivent: destructif, approbatif ou modificatif.

A. — Les renonciations:

349. — La plus rare des conventions est celle par laquelle le donataire préciputaire renonce à se prévaloir de sa dispense de rapport. Il conclut avec le disposant un accord revenant sur le contrat et le transformant en avancement d'hoirie. On ne conçoit pratiquement une telle opération que sur l'initiative du disposant, devenu soucieux d'assurer l'égalité entre ses héritiers. Le consentement du gratifié est indispensable, puisqu'il s'agit de modifier un contrat, et qu'à la différence de l'opération inverse transformant un avancement d'hoirie en préciput, l'acte ne peut pas s'analyser en une libéralité supplémentaire, dont il est le contraire. Il est peu probable que l'accord du donataire soit spontané; mais le donateur dispose parfois de moyens de pression légitimes et efficaces, telle la menace d'une privation de la quotité disponible.

La rareté de la stipulation fait qu'elle n'a pas donné lieu à une jurisprudence la concernant directement; mais nul ne doute qu'elle constitue

un pacte sur succession future[1]. Aussi se préoccupe-t-on seulement de savoir si l'on peut faire bénéficier ce pacte de l'immunité accordée par la loi aux donations-partages, en insérant la convention dans un partage d'ascendant. Cela semble impossible, car la stipulation est absolument étrangère à la nature du partage d'ascendant. Elle ne présente même pas le lien discutable avec celui-ci, qui sert d'argument en faveur de l'insertion du rapport parmi les attributions de la donation-partage. Là il s'agissait de régler le plus complètement possible la succession, comme si elle était ouverte par anticipation; ici il s'agit de trouver un support à la traduction illicite d'une saute d'humeur des parties. Certains arrêts semblent favorables à cette rigueur[2], et, partant, à la qualification de pacte sur succession future de la stipulation.

Le raisonnement qui fonde la qualification de la renonciation à la dispense de rapport péche le plus souvent par excès de simplicité. En effet, dit-on généralement, la convention s'analyse en une renonciation partielle anticipée du gratifié à ses droits héréditaires éventuels, puisqu'elle le prive de son préciput[3]. Or cette opération est expressément condamnée comme pacte sur succession future par l'article 791 du Code Civil. Mais les droits conférés par le préciput ne sont ni successoraux, ni éventuels; en effet ils consistent en la propriété immédiate et incommutable de biens présents.

Le fondement de la qualification est en réalité que l'acte affecte l'étendue et la consistance des droits éventuels du donataire et de ses cohéritiers dans la succession du disposant[4]. Si le rapport de la donation doit s'exécuter en valeur, le gratifié prendra moins dans la masse qu'il n'eût pris en l'absence de clause[5]. Si le rapport doit s'exécuter en nature, le donataire prend plus dans la masse, grossie du bien donné. Quant aux cohéritiers, dans les deux cas leur part se trouve augmentée, à cause de l'accroissement de la masse partageable;

349[1]. Laurent, t. X, n° 549; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 2796; De Page, t. IX, n° 1232; Depierrois, *Partage d'ascendant... Conversion en libéralité rapportable d'une donation antérieure faite à l'un des enfants par préciput...*, R.G.N. 1959 art. 27781, n° 3; Précigout, *Rapports à Succession. Modification des modalités avant ou après le décès du donateur*, J.C.P.N. 1963.1.1802, n° 8.

349[2]. Dijon 26 nov. 1957, *Martin*, J.C.P. 1958.2.10460, obs. Ponsard. L'arrêt refuse l'inclusion dans la donation-partage du bien donné à titre de préciput. Le refus est catégorique. On peut estimer qu'il implique l'impossibilité de transformer le préciput en avancement d'hoirie dans le partage d'ascendant lui-même; ce qui eût validé l'inclusion du bien dans le partage anticipé.

Contra: Civ. 11 déc. 1855, *Maydieu*, D. 1856.1.24; mais en matière fiscale, alors que le grief de pacte sur succession future n'avait pas été soulevé.

349[3]. Depierrois, Précigout, *op. et loc. praecit.* 349[1].

349[4]. De Page, *op. et loc. praecit* 349[1].

349[5]. P. ex.: Biens existants au décès: 300; 3 enfants; préciput transformé: 90. Sans transformation le donataire eût pris 300/3 = 100; après transformation, il prend: $\frac{300 + 90}{3} - 90 = 40$.

et dans le cas du rapport en nature, ils ont une chance d'obtenir en nature le bien donné. Toutes ces modifications sont, bien entendu, soumises à l'éventualité de la participation du donataire à la répartition de la succession.

350. — L'opération inverse, qui fait disparaître l'obligation de rapport créée par le contrat originel, est plus fréquente. Si elle est l'œuvre du disposant, sa validité ne pose pas de problème pratique, puisqu'elle s'analyse en le préciput *a posteriori* prévu par l'article 919 alinéa 2 du Code Civil; les formes exigées donnent d'ailleurs à penser qu'il s'agit d'un pacte sur succession future[1]. Si elle intervient par un accord entre les cohéritiers présomptifs et le donataire en avancement d'hoirie, la jurisprudence lui applique sans hésiter la qualification de pacte sur succession future prohibé[2].

L'intérêt de l'acte est certain. Il ne s'agit pas, bien entendu, pour les créanciers du rapport de favoriser leur cohéritier. Il s'agit d'un acte collectif, par lequel tous les cohéritiers présomptifs, s'estimant également dotés, conviennent de ne pas user du mécanisme d'égalisation des attributions que constitue le rapport. Le contrat était très utile à l'époque où le montant du rapport en moins prenant se calculait ordinairement d'après la valeur des biens au décès ou au partage; les donataires se prémunissaient alors contre une surprise. Depuis la réforme de 1938, l'intérêt est limité aux cas où le disposant n'a pas laissé jouer l'évaluation à la date de la donation, prévue par la loi; aussi l'opération ne semble-t-elle plus guère pratiquée.

Pour la qualification de la convention, la Cour de Cassation[3] a été sensible à l'incertitude de l'équivalence des sommes rapportables, dont les montants respectifs pouvaient diverger entre l'instant de la stipulation et celui de l'évaluation légale. Les parties renonçaient à des droits dont elles ne connaissaient pas la consistance. On a donc pu se demander si, depuis la modification de l'article 860 du Code Civil en 1938 et la fixation du montant du rapport dès la date de la donation, l'acte est encore condamnable[4]. Les parties ne contractent-elles pas sur un objet parfaitement certain? Mais l'apparence est fallacieuse, car l'objet de la convention est toujours le rapport; or celui-ci, élément incontesté de la succession future, s'il est désormais certain dans sa consistance, reste éventuel dans son existence[5]: aucun des donataires ne sait s'il viendra à la succession avec des cohéritiers. La formule de la Cour de Cassation reste

---

350[1]. *Supra* n° 316.

350[2]. Civ. 10 mars 1941, *Aufauvre*, J.C.P. 1941.2.1700, obs. Voirin, S. 1941.1.156, D.A. 1941.145, J.N. 1941 art. 41009, note Chassagnade-Belmin, D.C. 1943.J.32, note Maguet, obs. Savatier R.T.C. 1940-41.623.

350[3]. Arrêt précité 350[2].

350[4]. Chassagnade-Belmin, note précitée 350[2].

350[5]. Catala, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 et *l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, éd. Paris 1955, n° 142.

valable: « l'acte... tombe sous le coup de l'article 1130, comme emportant renonciation anticipée par les héritiers présomptifs au droit susceptible d'être exercé par eux à titre héréditaire... »[3]. Il faut même l'élargir, car la simple reconnaissance de l'équivalence des rapports, non accompagnée d'une renonciation, constitue certainement un pacte sur succession future[6], ainsi qu'il ressort de la jurisprudence condamnant les approbations de rapport.

B. — Les approbations de rapport :

351. — Le successible donataire prend souvent soin de s'assurer que ses cohéritiers présomptifs ne critiqueront pas après le décès du donateur l'aménagement du rapport de la libéralité, qui affecte profondément leurs droits héréditaires. Pour cela il sollicite leur accord. Celui-ci intervient le plus souvent dans la convention même par laquelle le disposant transfère la propriété du bien à son héritier présomptif. Ces contrats sont condamnés comme pactes sur succession future prohibés. Accessoirement se pose la question de la réaction de cette nullité sur la validité de l'acte d'aliénation auquel l'approbation est liée.

352. — La clause litigieuse se trouve le plus souvent adjointe à une donation assortie de la fixation du rapport à forfait. Les parties de la donation ont en effet conscience du caractère anormal et dangereux de ce mode d'établissement de la somme rapportable. Il arrive aussi que les cohéritiers donnent leur assentiment à une donation préciputaire. Les arrêts prononcent sans hésitation la nullité de l'intervention des cohéritiers comme pacte sur succession future[1].

De même est annulée, en principe, l'intervention des cohéritiers de l'acquéreur à la vente d'un bien à un successible[2]. Celle-ci déguise parfois une donation rapportable à forfait; et elle contient souvent une libéralité indirecte, consistant en une sous-estimation volontaire du prix, que le disposant dispense implicitement de rapport — et éventuellement de réduction — en invitant les cohéritiers à approuver la dissimulation.

350[6]. *Contra*: Catala, *op. et loc. praecit.* 350[5].

352[1]. Donation avec rapport forfaitaire: Req. 28 oct. 1925, *Conan*, D.H. 1925. 628, G.P. 1926.1.16, R.G.N. 1926 art. 21038, note Depierrois, et obs. Savatier R.T.C. 1926.205; Req. 17 nov. 1931, *Dubost*, D.H. 1931.558; Nancy 2 nov. 1950, *Reinbolt*, G.P. 1951.1.24, note anonyme, et sur pourvoi: Civ. 23 nov. 1954, D. 1955. J.305, note Vialleton, J.C.P.N. 1956.2.9176, R.G.N. 1956 art. 27406, obs. Savatier R.T.C. 1955.531.

Donation préciputaire: Trib. civ. Avranches 16 mars 1953, *Laisné*, J.C.P. 1954.2.8017, obs. Voirin.

352[2]. Req. 27 juill. 1899, *Rouquette*, D. 1900.1.191; Civ. 16 sept. 1940, *Roger*, J.C.P. 1940.2.1583, obs. Voirin, D.H. 1940.173; Trib. civ. Avignon 19 mai 1943, *Blanc*, J.C.P.N. 1943.2.2430, obs. Voirin; Civ. 15 déc. 1954, *Roucoulès*, Bull. Cass. Civ. 1954.1.310.

Contra: Trib.civ. St-Etienne 14 oct. 1937, *Robert*, R.G.N. 1938 art. 25099, qui ne conçoit pas qu'une vente de biens présents puisse concerner une succession.

Depuis peu la jurisprudence tend à admettre les parties à administrer la preuve contraire: l'intervention à une vente, dont il est prouvé qu'elle ne dissimule aucun avantage pour l'acquéreur, échappe à l'annulation[3].

Comment s'explique la qualification de ces actes?

On est tenté de voir dans l'assentiment donné par les cohéritiers une renonciation au rapport auquel ils auraient normalement droit. La donation avec rapport forfaitaire peut souvent être analysée en un préciput partiel. Les cohéritiers, en entérinant l'opération, renonceraient à une partie de leur droit au rapport, droit successoral éventuel[4]. Et, inversement, en cas de forfait supérieur au montant normal du rapport, ils s'attribueraient des droits successoraux supplémentaires, ce qui constitue également un pacte sur succession future. Lorsque l'acte approuvé est un préciput franc ou une vente du bien, réelle, mais dissimulant une donation indirecte par sous-estimation du prix, la renonciation serait totale.

Ce raisonnement est très contestable. Car l'intervention des cohéritiers ainsi comprise est absolument inutile. La situation qu'ils approuvent leur est opposable de plein droit. La fixation à forfait du rapport s'impose à eux. Ils ne renoncent donc pas à un droit éventuel à un rapport plus important, qu'ils ne possèdent pas[5]; et en cas de forfait supérieur ce ne sont pas les cohéritiers qui augmentent leurs droits héréditaires. De même, s'il s'agit d'une donation préciputaire, la dispense de rapport accordée par le disposant empêche efficacement que leur créance contre le gratifié naisse. Leur consentement est inutile. Le pacte conclu par les cohéritiers est donc surérogatoire. Techniquement, il manque d'objet. Logiquement il faut décider que l'intervention est non pas nulle, mais inexistante (art. 1108 et 1126 C.civ.)[5].

Cependant la jurisprudence qualifie la convention de pacte sur succession future nul. Il semble donc exister une autre manière d'analyser le contrat.

Très souvent l'assentiment des cohéritiers renferme une renonciation à réduction. C'est le cas pour toutes les libéralités introduites dans des ventes, que les cohéritiers de l'acquéreur s'engagent à ne pas critiquer.

352[3]. Civ. 12 mars 1962, *Ribeill*, Bull. Cass. Civ. 1962.1.154. Jusqu'à cet arrêt, la jurisprudence n'établissait aucune distinction entre les ventes qui recelaient des donations à successibles et les ventes véritables. A propos de ces dernières, on ne saisissait pas quelle relation peut exister entre ces dispositions, qui ne sont susceptibles ni de rapport, ni de réduction, et la succession future du vendeur (cf. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1943.2.2430). Sans doute s'agissait-il d'un excès de zèle des tribunaux, qui considéraient que, du moment que les cohéritiers interviennent, c'est que ceux-ci estiment qu'il peut y avoir une donation dissimulée intéressant leurs droits successoraux. Les cohéritiers envisagent une opération qui serait un pacte sur succession future; si les circonstances sont telles que l'acte ne concerne pas la succession future, ils ont cependant péché par l'esprit...

352[4]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1943.2.2430, II.

352[5]. Depierrois, *L'indivisibilité appliquée à l'intervention à une donation des cosuccessibles du donataire...*, R.G.N. 1956 art. 27403, n° 9.

C'est parfois le cas pour les libéralités directes. Mais en général lorsque les cohéritiers interviennent à une donation rapportable à forfait ou à un préciput et déclarent « vouloir que la donation reçoive pleine et entière exécution », on peut penser qu'ils entendent seulement qu'elle ne soit pas réduite en nature[6]; cependant là encore le plus souvent la clause est inutile et sans objet, car l'article 866 prévoit largement la réduction en valeur; il ne dépend plus que rarement des cohéritiers d'enlever le bien au donataire[7]; toutefois il subsiste des cas où la clause serait utile. La réduction étant un droit héréditaire éventuel des contractants, l'intervention des cohéritiers constitue incontestablement un pacte sur succession future.

L'idée que la clause peut être une renonciation à réduction explique qu'il soit très souvent fait appel à l'article 918 du Code Civil pour essayer de la valider. En effet cette disposition autorise une renonciation à réduction, et non une renonciation à rapport puisque l'aliénation qu'elle vise est irréfragablement réputée préciputaire[8]. Le recours à l'article 918 est généralement vain, car il ne s'applique qu'à certains actes onéreux bien délimités.

Les véritables renonciations à réduction sont rares et les renonciations à rapport sont toujours des contrats sans objet; or toutes les interventions sont qualifiées de pactes sur succession future. On conçoit deux moyens de rendre compte de cette qualification. Le premier consiste à considérer que la jurisprudence a commis une méprise technique, en croyant que l'approbation des cohéritiers est une convention pourvue d'un objet. Le second consiste à estimer que dans la structure du pacte sur succession future l'existence d'un objet, au sens juridique précis du terme, n'est pas nécessaire; il suffirait qu'il existe un objet au sens vulgaire[9]. De la sorte on rejoindrait l'origine morale de la prohibition, le pacte serait une notion morale déguisée en notion juridique, qui se démasquerait parfois... Quoi qu'il en soit de la conception de base, que l'on envisage l'objet strictement ou largement, il consiste toujours en le rapport[10], droit éventuel des cohéritiers dans la succession future du disposant. Et c'est la réunion de ces deux caractères, éventuel et successoral, qui fonde la qualification.

352[6]. Parfois cette intention est clairement exprimée: Civ. 10 mars 1941, *Aufauvre*, cité 350[2]. De plus, dans cette affaire il y avait peut-être une stipulation selon laquelle seule la valeur du forfait serait prise en considération pour le calcul de la masse réservée. Cette clause, contraire au caractère d'ordre public des règlesde la réserve, comme la renonciation à réduction d'ailleurs, est très rare (cf. *supra* n° 179).

352[7]. Depierrois, art. précité 352[5], n° 10.

352[8]. La dispense de rapport s'impose aux cohéritiers (et même aux parties), dont l'approbation est sans objet à ce point de vue.

352[9]. L'exégèse peut trouver un appui à cette conception dans les termes de l'article 1130 du Code Civil: *On ne peut... faire aucune stipulation sur une pareille succession...*, La prohibition est particulièrement large.

352[10]. Auquel s'adjoint dans certains cas la réduction.

353. — L'annulation de l'intervention des cohéritiers est très grave, car la jurisprudence en déduit souvent la nullité de l'aliénation elle-même en vertu de l'indivisibilité qui peut exister entre les deux conventions[1]. Certaines décisions sont fort brutales, admettant l'indivisibilité sans vérifier sa réalité[2]. Mais la plupart des arrêts, appuyés par la doctrine[3], distinguent selon la situation. Car l'indivisibilité doit être prouvée. L'indivisibilité naturelle est assez rare. Elle n'existe pas lorsque le pacte annulé est surérogatoire: *abundat, non vitiat*[4], ni lorsqu'il s'agit d'une renonciation à réduction, dont la disparition ne désarticule pas la donation[5]. Par contre elle existe lorsque l'ensemble de l'opération, aliénation et renonciation à rapport et à réduction, peut s'analyser en une donation-partage déguisée, dont ces renonciations sont des éléments essentiels[6]. Quant à l'indivisibilité conventionnelle, qui se présente lorsque dans l'intention des parties l'aliénation dépend de l'approbation des cohéritiers, lorsque celle-ci est la cause de la donation ou de la vente, on la conçoit plus aisément; car, le disposant entendant souvent régler définitivement sa succession par l'opération, la stabilité de la répartition des biens et des soultes entre ses héritiers lui est essentielle.

Le problème de l'indivisibilité ne se pose pas pour cet autre pacte sur succession future qu'est la convention de modification du rapport entre donateur et donataire.

C. — La modification du rapport :

354. — La validité de la convention entre donateur et donataire, substituant une technique d'exécution du rapport à une autre, postérieurement au contrat de donation, n'est pas contestée en général. Car on ne conçoit pas que soit illégitime l'introduction dans un contrat, par un avenant, de clauses que les parties auraient été autorisées à stipuler dans le pacte originel, en vertu des articles 859 et 860 du Code Civil; alors surtout qu'il s'agit de simples aménagements, changement du mode de rapport ou de la date d'évaluation du rapport en moins prenant, que la loi tient pour équivalents les uns aux autres.

353[1]. C'est ce qui fait l'intérêt pratique de la demande en annulation de l'approbation des cohéritiers comme pacte sur succession future. Le bien aliéné rentre dans la succession.

353[2]. Req. 28 oct. 1925, *Conan*, cité 352[1]; Trib. civ. Avignon 19 mai 1943, *Blanc*, cité 352[2].

353[3]. Voirin, obs. aux J.C.P. 1940.2.1583-II et 1954.2.8017-II; Depierrois, art. cit. 352[5]; Savatier, obs. R.T.C. 1926.205 sous l'arrêt *Conan*.

353[4]. Nancy 2 nov. 1950, *Reinbolt*,. G.P. 1951.1.24; Req. 27 juill. 1899, *Rouquette*, D. 1900.1.191.

353[5]. Req. 17 nov. 1931, *Dubost*, D.H. 1931.558; Trib. Civ. Avranches 16 mars 1953, *Laisné*, J.C.P. 1954.2.8017, obs. Voirin; *contra*, implicitement: Civ. 23 nov. 1954. *Reinbolt*, cité 352[1].

353[6]. Civ. 16 sept. 1940, *Roger*, J.C.P. 1940.2.1583, obs. Voirin, D.H. 1940.173.

Cependant la jurisprudence considère que ces conventions constituent des pactes sur succession future[1]. Mais ce sont des pactes exceptionnellement autorisés par la loi, dès lors qu'ils restent dans le cadre matériel et formel prévu par la législation sur le rapport[2].

La raison de cette qualification est que les modifications de l'organisation du rapport sont des « conventions portant abandon ou transmission de droits susceptibles d'être recueillis par les parties dans des successions non encore ouvertes »[3]. C'est la formule que l'on retrouve appliquée à toutes les conventions sur le rapport. Or son examen nous éclaire sur la qualification qu'il faut appliquer à l'avancement d'hoirie, convention créatrice du rapport.

§ 2. — La qualification nécessaire des conventions créatrices de rapport.

355. — L'étude comparative des fondements respectifs de la qualification de pacte sur succession future appliquée par la jurisprudence aux conventions relatives au rapport et du refus de cette qualification pour la donation en avancement d'hoirie ou par préciput elle-même, en vertu du même critère technique, est édifiante.

Le rejet de la qualification pour le contrat originel de donation repose sur le fait que les droits de propriété attribués sur les biens du disposant, qui semblaient constituer l'objet d'un pacte sur succession future, ne sont ni successoraux, ni éventuels. Or les conventions de renonciation, d'approbation ou de modification du rapport, qui, elles, sont des pactes sur succession future, ne peuvent même pas être soupçonnées de conférer des droits éventuels et successoraux sur ces biens. En effet, ces contrats, dans leur généralité, n'affectent nullement le sort des biens donnés[1]. La propriété de ceux-ci est définitivement fixée dès la donation, et les conventions qui interviennent ne concernent que l'aménagement de l'obligation au rapport. Et c'est cette constatation qui sert d'argument principal aux auteurs qui nient que les conventions d'aménagement

---

354[1]. Civ. 10 mars 1941, *Aufauvre*, cité 350[2].

354[2]. *Contra*: Depierrois, art. cit. 349[1], R.G.N. 1959 art. 27781, n° 7. Cet auteur estime que l'arrêt *Aufauvre* prononce la nullité de la modification, non parce que les formes exigées n'étaient pas respectées, mais parce qu'il n'existe aucune immunité (sauf pour la transformation d'un avancement d'hoirie en préciput) pour les conventions sur le rapport postérieures à la donation. Mais il ne semble pas douteux — et ce subtil analyste l'a bien senti — que la vigueur de la condamnation prononcée par l'arrêt tient à l'existence, parallèlement à la convention sur le rapport, d'une véritable renonciation à réduction (cf. 352[6]).

354[3]. Arrêt *Aufauvre* précité 354[1].

355[1]. A l'exception des conventions de transformation du rapport en nature en rapport en moins prenant et vice-versa.

du rapport soient des pactes sur succession future; le pacte « ne porte pas sur la succession, mais réglemente l'exécution d'une obligation que la donation elle-même fait naître »[2].

Bien que les deux types de conventions ne présentent ni l'un ni l'autre, quant aux biens donnés, les caractères requis du pacte sur succession future, si cette qualification est refusée à l'un, elle est appliquée à l'autre[3].

Les conventions relatives au rapport sont déclarées pactes sur succession future, parce que leur objet est le rapport. Celui-ci présente incontestablement les caractères techniques exigés de l'objet d'un tel pacte.

Le droit au rapport fait partie de la succession du donateur[4]. Le rapport est un élément qui vient accroître la masse des biens existants. Il figure dans l'ensemble successoral à partager, soit sous la forme d'une créance de valeur contre l'un des héritiers, soit sous la forme de l'objet donné lui-même. Le rapport fait partie des droits héréditaires de celui à qui il est dû.

D'autre part, le droit au rapport est éventuel[5]. Car son existence est suspendue à l'événement de la venue du donataire à la succession, en concours avec des cohéritiers. La réalisation de ces circonstances est incertaine, ce qui l'oppose à un terme. Et elle n'a pas d'effet rétroactif véritable, ce qui la distingue d'une condition.

Or cet objet successoral et éventuel de la convention, le rapport, n'est nullement propre aux conventions annexes de l'avancement d'hoirie.

356. — Lorsqu'on examine la donation en avancement d'hoirie ou par préciput, on est naturellement porté à s'attacher surtout à l'allotissement anticipé qui en fait l'efficacité, à la transmission du bien. Mais, à côté de l'aliénation proprement dite, le contrat comporte une série de clauses ou de prescriptions légales assimilées à celles-ci, qui modèlent l'organisation du rapport. Ces stipulations, dont le contenu est identique à celui des conventions annexes, qualifiées de pactes sur succession future, sont évidemment de la même nature. Ce sont aussi des pactes sur succession future, parce qu'elles ont le même objet: le rapport.

355[2]. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des Successions*, t. 2, 1905, n° 1012. De même: Dumas, rapport sur Req. 2 mars 1936, *D'Uzès*, D. 1936.1.111; Précigout, art. cit. 349[1], n° 15.

355[3]. Un exemple très net de la divergence est fourni par l'arrêt de la Cour de Nancy du 2 nov. 1950, *Reinbolt* (G.P. 1951.1.24), qui déclare que la donation en avancement d'hoirie raportable à forfait ne saurait être un pacte sur succession future, mais que l'approbation de cette donation par les cohéritiers du donataire constitue un tel pacte.

355[4]. *V. infra* n° 428 l'aspect technique de cette affirmation.

355[5]. *V. infra* n° 434.

Certes le pacte sur le rapport n'apparaît pas toujours de façon évidente dans l'avancement d'hoirie, qui existe de plein droit dans toute donation à successible non assortie d'une dispense; la donation préciputaire, qui renferme obligatoirement une clause écartant le rapport, présente beaucoup plus clairement les traits du pacte sur le rapport. Mais la seule hésitation légitime sur la qualification de l'avancement d'hoirie serait celle qui serait fondée sur un caractère de mécanisme légal du rapport[1]; l'existence du rapport ne serait pas l'œuvre de la convention entre donateur et donataire. Or nous savons que l'avancement d'hoirie est un mécanisme conventionnel, dans l'organisation duquel la loi ne fait que suppléer la volonté. L'avancement d'hoirie est un pacte sur succession future, parce qu'il est un contrat, qui crée et aménage le rapport, élément éventuel de la succession future du disposant[2]. Le préciput doit recevoir la même qualification, parce qu'il est un contrat qui stipule la non-création du rapport.

L'avancement d'hoirie se présente comme un acte unique, composé de deux éléments: une donation, dont l'objet est un droit de propriété actuel et certain, et une stipulation sur le rapport, dont l'objet est un droit successoral et éventuel. La première convention n'est pas en soi un pacte sur succession future, alors que la seconde l'est. Mais s'agissant d'un contrat unique[3], l'avancement d'hoirie, celui-ci encourt globalement la qualification du pacte sur succession future.

Le dédoublement de l'avancement d'hoirie, que met en évidence la confrontation de cette institution avec la théorie des pactes sur succession future, pose le problème de la structure technique de l'acte. Peut-on effectivement analyser le rapport en une obligation créée accessoirement à la libéralité? Dans quelle catégorie d'acte entre l'ensemble ainsi présenté?

356[1]. Vialleton, note au D. 1955.J.305, II.

356[2]. Cpr. Vialleton, note à la Revue Critique 1926 p. 59: *Mettant à la charge de l'héritier une dette... dont le montant influe sur la composition de la masse successorale, il est un pacte sur succession future.*

356[3]. Cette unité ne signifie d'ailleurs pas que toutes les stipulations qui peuvent y être incluses soient indivisibles. La convention relative au mode d'exécution du rapport n'est certainement pas indivisible de la donation, sauf volonté certaine des parties. Si bien que l'annulation du rapport forfaitaire comme pacte sur succession future non autorisé laisserait subsister la donation en avancement d'hoirie.

TROISIÈME PARTIE

L'AVANCEMENT D'HOIRIE, INSTITUTION AUTONOME

Examen de l'avancement d'hoirie par ses éléments techniques

357. — L'avancement d'hoirie se présente comme une institution complexe. D'une part, il constitue la transmission d'un bien au successible. D'autre part, il est l'instrument de l'établissement de relations d'origine volontaire entre l'attributaire du bien et les héritiers de l'aliénateur. L'ensemble permet au disposant d'opérer une répartition anticipée efficace de sa succession.

Cette unité est une simple constatation de fait. Elle ne saurait satisfaire le juriste. Le propos du droit est de qualifier le fait, de le rattacher à une catégorie établie, dont le régime est bien connu. Nous avons déjà dégagé que l'avancement d'hoirie est un acte volontaire, exerçant ses effets dans le domaine de la distribution de la succession. Mais il s'agit là de rattachements fort généraux. Il convient de préciser la qualification de façon à rendre compte directement et complètement de la structure de notre matière.

Sans doute l'opération ne présente-t-elle pas, apparemment, un intérêt pratique important, puisque l'avancement d'hoirie fait l'objet d'une réglementation détaillée, et que, pour le surplus, la connaissance des ses rattachements généraux permet la résolution des problèmes essentiels. L'intérêt théorique de la recherche, du moins, est incontestable.

L'élucidation de la nature de l'institution doit se fonder sur des considérations techniques précises. Les deux composantes de base de l'avancement d'hoirie apparaissent clairement. Ce sont l'aliénation du bien et le rapport. La première constitue un élément technique parfaitement connu; mais la seconde exige que sa nature soit analysée. Une fois les rouages du mécanisme dégagés, une reconstitution consciente de l'ensemble peut être tentée.

TITRE I : *Analyse du rapport.*

TITRE II : *Synthèse des éléments de l'avancement d'hoirie.*

TITRE PREMIER

ANALYSE DU RAPPORT

358. — Le rapport consiste en la remise du bien donné ou de sa valeur dans la masse de la succession du disposant par l'héritier gratifié en avancement d'hoirie. Quelle est la nature juridique de cette restitution ? La loi ne contient aucune déclaration expresse sur ce point. Elle se borne à indiquer de façon fort détaillée les conditions et les effets du rapport. Il n'est pas nécessaire de chercher à compléter le régime ainsi précisé. Aussi l'intérêt de la recherche se situe-t-il au delà du plan pratique. Les résultats de l'analyse constituent l'élément de base de la recherche de la structure générale de l'avancement d'hoirie.

L'une des théories avancées pour rendre compte du régime du rapport donne directement la solution du problème de la nature technique de l'avancement d'hoirie. C'est celle qui voit en le rapport la résolution de l'aliénation consentie par le disposant. L'avancement d'hoirie n'est alors rien d'autre qu'une libéralité sous condition résolutoire. Mais il s'avère aujourd'hui impossible de tenir cette position. L'organisation actuelle du rapport impose d'éliminer du débat la théorie résolutoire. Ce rejet renvoie à la seule autre analyse possible: celle qui voit en le rapport une obligation dont s'acquitte l'héritier. Or le régime du rapport correspond à la théorie proposée, et il est aisé de dégager la structure cohérente de l'obligation de rapport, afin de disposer de matériaux connus pour apprécier ultérieurement la nature de l'avancement d'hoirie.

CHAPITRE I : *Elimination de la théorie résolutoire.*

CHAPITRE II : *Structure de l'obligation de rapport.*

CHAPITRE PREMIER

ÉLIMINATION DE LA THÉORIE RÉSOLUTOIRE

359. — L'analyse du rapport en une résolution de la libéralité est la première qui ait été présentée. Elle offre l'avantage d'une parfaite clarté, car la résolution est un phénomène simple et bien connu. La libéralité se trouve mise à néant par l'événement de la venue du gratifié à la suceession du disposant; elle est censée n'avoir jamais existé; c'est pourquoi l'héritier doit opérer restitution à la masse héréditaire. Si l'avancement d'hoirie prend la forme d'un legs et non d'une donation, il ne peut plus être question de résolution, puisque la libéralité n'a produit aucun effet avant l'instant où elle est anéantie. Il s'agit alors, dit-on, d'une caducité. Mais celle-ci est, en fait, proche parente de la résolution. *Ad usum*, les partisans de la théorie résolutoire manifestent une tendance à démarquer celle-ci et à considérer la caducité comme une résolution survenant dès l'instant de l'apparition de la libéralité.

La théorie résolutoire résout avec élégance le problème de la nature technique de l'avancement d'hoirie. C'est une libéralité, ainsi qu'il appert de l'intitulé de l'acte et de sa présentation. Et, si l'héritier qui la reçoit n'en tire aucun bénéfice tangible, cela est tout naturel, puisque son émolument lui est retiré par un mécanisme adjoint à la gratification.

Le long monopole de la restitution en nature comme mode d'exécution de principe du rapport a permis à l'analyse résolutoire d'asseoir solidement ses fondements. Car elle rend compte avec aisance de cette technique de remise du bien dans la succession. Aussi la doctrine y recourt-elle encore aujourd'hui lorsque c'est ce système de rapport qui intervient. Depuis les réformes de 1938 la prépondérance est passée à l'exécution en moins prenant du rapport, qui d'exception est devenue la règle. Or, quelqu'effort d'adaptation qu'on fasse, la théorie résolutoire est

incompatible avec cette technique. Son rejet s'impose avec certitude dans ce cas. La défaillance de la théorie classique dans une mesure aussi importante amène à mettre en doute son bien-fondé de façon générale, et à tenter dans tous les cas de rapport de substituer à la résolution l'obligation de restitution dont l'existence se dégage à propos du rapport en valeur.

SECTION I : *Analyse résolutoire traditionnelle du rapport en nature.*

SECTION II : *Incompatibilité de l'analyse résolutoire avec le rapport en moins prenant.*

SECTION III : *Possibilité de substituer une obligation de restitution à la résolution.*

SECTION I

ANALYSE RÉSOLUTOIRE TRADITIONNELLE DU RAPPORT EN NATURE

360. — Il est traditionnellement affirmé en doctrine que le rapport en nature opère résolution de la donation en avancement d'hoirie[1]. L'avancement d'hoirie est une donation dont l'existence est soumise à l'accomplissement d'un événement futur et incertain, dont la survenance fera disparaître rétroactivement le contrat[2]. Le bien est censé n'être jamais sorti du patrimoine du *de cujus*.

L'idée est logique, facile à admettre; elle rend compte de nombre de règles légales du rapport; seules quelques prescriptions sont rétives à son application, mais on peut les considérer comme des exceptions justifiées.

§ 1. — Logique de l'idée de résolution.

La théorie résolutoire correspond fort rationnellement à la présentation de l'avancement d'hoirie. Elle y trouve une origine naturelle et sa technique cadre sans difficulté avec l'aspect de la libéralité rapportable.

360[1]. Notamment: DEMOLOMBE, t. 16, n° 506; LAURENT, t. XI, n° 11 et 23; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 2693; DE PAGE, t. IX, n° 1270; COLIN-CAPITANT, t. 3, 9e éd., 1945, par JULLIOT de la MORANDIÈRE, n° 1243; AUBRY et RAU par ESMEIN, t. X, § 634, pp. 309-314; PLANIOL et RIPERT, t. 4 par MAURY et VIALLETON, n° 612; RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 2907.

360[2]. Le problème de l'analyse du rapport des legs ne se pose pas, car depuis 1898 ceux-ci sont obligatoirement rapportés en valeur.

A. — Origine :

361. — L'idée fondamentale de l'avancement d'hoirie est que la libéralité adressée au successible ne doit pas avantager celui-ci par rapport à ses cohéritiers. Pendant longtemps le législateur estima que ce but ne peut pas être atteint si le gratifié conserve en nature le bien qui lui a été attribué. La situation est incompatible avec le principe de l'égalité en nature. Il fallait donc que le rapport opère remise en nature du bien dans la masse successorale, de sorte que le patrimoine héréditaire soit d'une consistance telle que si la libéralité n'avait pas été consentie. Pour cela la technique la plus naturelle est la résolution de la libéralité, dont le propre est précisément d'effacer l'aliénation critiquée. Son efficacité est complète, car la donation est censée n'avoir jamais existé; grâce à la rétroactivité de ses effets, la résolution garantit une situation parfaitement identique à celle qui résulterait d'une absence de donation à successible.

362. — La résolution découle donc directement de la conception même de libéralité en avancement d'hoirie. C'est dire qu'elle ne saurait être la conséquence de l'effet déclaratif du partage de la succession.

Certains auteurs soutiennent que la remise du bien dans la succession ne fait disparaître avec rétroactivité la propriété du donataire que parce que le bien est attribué dans le partage à un autre que le donataire; l'attributaire étant censé tenir sa propriété du *de cujus* de façon immédiate, en vertu de l'article 883 du Code Civil, les droits du donataire rapportant se trouvent résolus[1].

Cette position n'est pas admissible. Car il est de nombreuses successions, comportant des avancements d'hoirie, dont le partage n'intervient jamais; et cependant on tire dès le décès du donateur des conséquences de l'idée d'effet résolutoire du rapport en nature, sans se préoccuper de savoir si le partage sera ou non réalisé ultérieurement. C'est ainsi que l'aliénation du bien par le donataire postérieurement à l'ouverture de la succession ne donne jamais lieu à substitution du rapport en moins prenant au rapport en nature (art. 860 anc. C.civ.); en effet cette aliénation est nulle en vertu de l'article 1599 du Code Civil, comme portant sur la chose d'autrui, parce que dès le décès la propriété du donataire est automatiquement résolue[2]. De même le donataire doit les fruits de la chose donnée à compter de l'ouverture de la succession (art. 856 C.civ.), ce qui prouve que la résolution est immédiate; il les

---

362[1]. Donnier, *Quelques incidences de la législation de* 1938 *sur le rapport des libéralités*, thèse Montpellier 1952, p. 39; Catala, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, éd. Paris 1954, n° 107.

362[2]. Cf. De Page, t. IX, n° 1284 et 1288-2.

doit d'ailleurs à l'ensemble des cohéritiers, ce qui est un indice de l'indépendance qui existe entre la perte de la propriété par le donataire et son acquisition par l'un des copartageants.

Cependant il serait excessif de considérer que l'effet résolutoire du rapport en nature est totalement étranger à l'effet déclaratif du partage. S'il n'est pas une conséquence mécanique de la règle de l'article 883 du Code Civil, il en est du moins une suite logique. Car pour pouvoir affirmer après le partage que l'attributaire tient directement le bien du défunt, il faut rationnellement admettre que soit effacée la propriété intérimaire du donataire[3]. Le lien se situe, non au niveau de l'exécution des prescriptions légales du partage, mais à celui de la conception législative du règlement successoral. L'idée du législateur d'instituer une résolution de l'avancement d'hoirie peut avoir été inspirée, pour partie, par le souci d'harmoniser l'organisation du rapport avec celle du partage. Mais, une fois le principe de la résolution posé, il est autonome et s'applique même si aucun partage n'intervient. L'admission d'un phénomène général de résolution de la libéralité est aisée, car ses conditions techniques de mise en œuvre s'adaptent bien aux circonstances de la matière.

B. — Technique de mise en œuvre :

363. — L'événement qui déclenche la résolution est l'ouverture de la succession du donateur, à laquelle le rapport doit être fait. Mais il faut en outre que soient réunies certaines circonstances indispensables. Il faut d'abord que le donataire vienne à la succession en qualité d'héritier et l'accepte. L'acceptation rétroagit à la date du décès; de la sorte l'événement dont la réalisation sert de condition reste unique dans le temps. Il faut ensuite que l'héritier gratifié se trouve en concours avec d'autres héritiers. L'ensemble de ces éléments peut être rassemblé en une exigence synthétique: celle de la participation du gratifié à la succession en qualité d'héritier.

364. — La subordination du rapport à l'accomplissement de l'événement constitue-t-elle une condition résolutoire, c'est-à-dire une clause adjointe au contrat, ou une cause légale de résolution?

Le concept de condition correspond mieux au caractère contractuel du rapport, que nous avons dégagé à propos des conflits de lois. Cette qualification de l'événement futur n'est pas douteuse lorsque le rapport fait l'objet d'une stipulation expresse. Certes tel n'est pas toujours le cas; sur ce point le rapport s'oppose, par exemple, au retour conventionnel, qui dépend incontestablement de l'accomplissement d'une condition résolutoire. Mais l'organisation du rapport est abandonnée à la volonté des parties; les règles légales s'y assimilent aux stipulations volontaires; aussi serait-il anormal de réserver un traitement particulier à l'élément

---

362[3]. Batiffol, note au S. 1937.I.290.

exigé pour le déclenchement du rapport en nature. De plus, on conçoit mal que le même événement survenant dans le cadre d'une institution unique, de nature unitaire, soit qualifié de condition résolutoire ou de cause légale de résolution suivant que le disposant a plus ou moins clairement fait connaître ses intentions. Les rédacteurs du Code Civil ont d'ailleurs nettement manifesté qu'ils tenaient la résolution opérée par le rapport en nature pour l'effet d'une condition[1].

Cependant la doctrine se montre assez réticente à admettre l'intervention d'une condition, car la condition est habituellement le produit d'une volonté, expresse ou tacite, mais non suppléée. Les auteurs les plus avancés se bornent à constater que le rapport en nature opère *suivant le mode d'une condition résolutoire*[2] ou *presque comme une condition résolutoire*[3]. Une partie notable de la doctrine s'abstient de prendre position; elle constate l'existence d'une *cause* de résolution, ce terme étant pris dans son sens le plus vague[4]. Les auteurs les plus scrupuleux parlent de *condition d'origine légale*[5]. L'expression unit la structure contractuelle générale de l'avancement d'hoirie et le caractère supplétif et par conséquent largement artificiel de sa réglementation. Quelles que soient les nuances exprimées, la doctrine s'accorde à ne pas opposer la prévision de l'événement résolutoire aux stipulations du contrat, et dès lors il s'agit nécessairement d'une condition.

Quelqu'évidente qu'elle soit, l'existence des conditions de mise en œuvre d'une résolution est en soi insuffisante pour justifier l'analyse du rapport en nature. Aussi est-ce surtout sur l'examen des effets du rapport que repose la qualification résolutoire.

§ 2. — **Harmonie de l'analyse résolutoire avec les règles légales.**

L'analyse du rapport en une résolution de la donation trouve un appui solide dans certaines règles légales essentielles du rapport en nature.

364[1]. Déclarations de TRONCHET et de TREILHARD au Conseil d'Etat lors de la discussion de l'art. 865 C.civ., *in* LOCRÉ, t. X, 1827, pp. 134-136.

364[2]. JOSSERAND, t. 3, 2e éd., 1933, n° 1139; de même COLIN-CAPITANT, t. 3, 9e éd., 1945, par JULLIOT de la MORANDIÈRE, n° 1243; PLANIOL et RIPERT, t. 4 par MAURY et VIALLETON, n° 612.

Pour une franche analyse en condition résolutoire: Cass. Belgique, 13 mai 1938, Pasicrisie 1938.1.165, commenté par DE PAGE, t. IX, n° 1187.

364[3]. ROUAST, *Les partages de succession et de communauté*, Cours de doctorat professé à la Faculté de Droit de Paris, 1942-1943, p. 108.

364[4]. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, 2e éd., 1960, n° 76, p. 373; et 1ere éd., t. 2, 1933, n° 119, p. 452; BATIFFOL, note au S. 1943.2.49, *in initio;* RIPERT et BOULANGER, t. 1, 1956, n° 292.

364[5]. Concept présenté par RIPERT et BOULANGER, t. 2, 1957, n° 1335; adopté pour le rapport par BOYER, *Les conflits de lois en matière de rapport des libéralités*, R.C.D.I.P. 1949 pp. 208-263, n° 13.

365. — Tout d'abord le bien fait l'objet d'une restitution réelle au patrimoine dont il est sorti. La propriété du donataire lui est enlevée par le seul effet de l'accomplissement de la condition et est censée remise dans la masse où elle se fût trouvée en l'absence de donation.

Cette restitution *en essence et espèce* est convaincante surtout parce qu'elle est assortie de l'anéantissement des droits réels nés du chef du donataire sur le bien. « Les biens se réunissent à la masse, francs et quittes de toutes charges créées par le donataire », prescrit l'article 865 du Code Civil. Cet effacement rétroactif des conséquences de la propriété du gratifié est caractéristique de la résolution de son droit[1]. Les choses sont remises dans le même état que si le donataire n'avait jamais été propriétaire. Toutes les charges nées de son chef, conventionnelles ou légales, tombent. Un propriétaire ne peut concéder plus de droits qu'il n'en a; propriétaire sous condition résolutoire, il n'a pu conférer que des droits menacés par la même cause de destruction; et son droit de propriété limité n'a pu servir de support à des hypothèques légales plus stables que lui. Par contre les servitudes légales, qui sont établies sans égard à la personnalité du propriétaire, subsistent.

La seule atténuation à l'anéantissement des charges réelles est celle qu'on admet lorsque le bien est attribué au donataire par le partage. Elle est implicitement imposée par la phrase terminale de l'article 865: « les créanciers ayant hypothèque peuvent intervenir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits »; si le droit d'intervention existe, c'est évidemment que les droits réels sont consolidés par l'attribution du bien au gratifié[2].

La plupart des auteurs estiment que l'atténuation s'explique naturellement par l'effet déclaratif du partage: le moment où le donataire redevient propriétaire par suite du partage se confond avec celui où il perd sa propriété par le rapport; la résolution doit être considérée comme non avenue[3]. C'est oublier que la résolution de la donation rétroagit jusqu'à la date de la libéralité, alors que l'effet déclaratif ne remonte que jusqu'à l'ouverture de la succession; il existe une lacune dans la propriété de l'héritier gratifié entre la donation et le décès. A l'époque où le donataire a créé les charges, ce n'était pas lui qui était propriétaire, mais le donateur; or ce n'est pas du chef de celui-ci que sont nés les droits réels: ils sont nés d'un non propriétaire, c'est pourquoi ils sont anéantis de façon générale, et c'est pourquoi ils devraient l'être aussi si le donataire redevient propriétaire, mais à titre d'héritier d'une personne qui ne les a pas créés[4].

365[1]. Cf. les travaux préparatoires de l'art. 865, cités 364[1].

365[2]. Beudant-Le Balle, t. V bis, n° 858.

365[3]. Josserand, t. 3, 2e éd., 1933, n° 1141; De Page, t. IX, n° 1278.

365[4]. Cf. Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 634, note 25 p. 312. Cet auteur substitue à la justification classique une affirmation purement gratuite: les effets du rapport sont nécessairement subordonnés à ceux du partage; que se passe-t-il alors lorsqu'aucun partage n'intervient?

Il semble préférable de considérer la survie des droits réels comme une anomalie, justifiée par des raisons d'équité.

On peut trouver une illustration de la constatation que l'anéantissement des charges réelles est la conséquence nécessaire du caractère résolutoire du rapport en nature dans la prise de position de la Commission de Réforme du Code Civil[5]. Celle-ci a décidé d'ouvrir au donataire une option entre le rapport en moins prenant et le rapport en nature. Mais l'héritier ne pourra choisir ce dernier mode d'exécution que si le bien n'est pas grevé de droits réels. Les rédacteurs de l'avant-projet auraient pu se contenter de prévoir une indemnisation des cohéritiers. S'ils s'en sont abstenus n'est-ce pas que le rapport en nature ne peut être conçu que comme une résolution?

366. — La théorie résolutoire prend également appui sur le fait qu'il est tenu compte de ses impenses et de ses dégradations au donataire qui exécute le rapport en nature.

Le donataire doit indemniser la succession des dégradations et détériorations qui affectent l'immeuble, non seulement par sa faute ou son fait, mais même par sa négligence (art. 863 C.civ.). Il est tenu de veiller à la bonne conservation de la chose, car il détient une chose sur laquelle autrui a un droit de propriété[1].

Mais l'héritier gratifié a droit au remboursement des impenses nécessaires et même simplement utiles (art. 861 et 862 C.civ.), car il a opéré sur la chose d'autrui. Son indemnisation découle du même principe d'équité que les dispositions de l'article 555 du Code Civil.

Il existe donc une correspondance certaine entre les règles du rapport en nature et l'analyse résolutoire. Mais à côté des prescriptions que nous venons d'énoncer, on trouve d'autres dispositions, dont l'examen suscite le doute. Comment concilier celles-ci avec les conclusions qu'appuyent celles-là?

§ 3. — Le problème des règles légales divergentes.

367. — Il existe un certain nombre de règles légales du rapport en nature que la technique de la résolution paraît impuissante à justifier; au contraire, elles contredisent l'analyse traditionnelle. Mais à chacune de ces règles, la doctrine classique trouve sinon une explication, du moins une excuse.

368. — L'article 856 du Code Civil dispense le donataire de restituer à la succession les fruits du bien produits avant l'ouverture de la succession. Il s'agit d'une disposition incompatible avec l'effet résolutoire

365[5]. Travaux, années 1953-1955, pp. 274-275 et 290-291.
366[1]. Laurent, t. XI, n° 20.

du rapport en nature, puisque le donataire étant censé n'avoir jamais été propriétaire du bien, il n'a aucun titre à conserver les fruits; ceux-ci devraient appartenir au propriétaire définitif[1].

On répond à l'objection que la nécessité s'imposait au législateur de laisser un intérêt pratique à l'avancement d'hoirie soumis au rapport en nature, et que cela justifie l'établissement d'une exception mineure à une théorie qui ne s'en trouve pas affectée[2].

Peut-être même ne s'agit-il pas d'une véritable exception. Car l'effet rétroactif des conditions résolutoires subit certaines restrictions[3]. Et notamment il est admis que la résolution n'enlève pas au propriétaire intérimaire les fruits qu'il a perçus, bien qu'il ait connu la fragilité de son titre[4]. Il est vrai que cette subtilité de l'organisation de la résolution est difficile à justifier[5], et qu'elle repose sur l'article 856 entre autres textes. Aussi les spécialistes du rapport l'ignorent-elle et se contentent de justifier la dispense du rapport des fruits par des considérations de fait[1].

Les atténuations apportées à la rétroactivité de la résolution ne jouent d'ailleurs pas toujours dans un sens favorable à l'explication du régime du rapport.

369. — L'article 855 du Code Civil met les risques de la chose à la charge de la succession à laquelle le rapport est dû. Le donataire ne doit pas le rapport de la chose périe sans sa faute. Or en cas de propriété conditionnelle les risques sont pour le propriétaire sous condition résolutoire[1]. La règle du rapport est donc anormale[2].

368[1]. Cf. *supra* n° 26.

368[2]. Laurent, t. XI, n° 11.

368[3]. *V.* Houin, *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 3, 1948, pp. 250-251; Ripert et Boulanger, t. 2, 1957, n° 1357-1358.

368[4]. Civ. 18 nov. 1924, *De Dalmas*, D. 1925.1.25, note de l'avocat général Matter.

368[5]. *V.* les explications embarrassées de l'avocat général Matter dans la note précitée 368[4], point III.

369[1]. Ripert et Boulanger, t. 2, 1956, n° 513-2°; Colin-Capitant, t. 2, par Julliot de la Morandière, 1959, n° 884; Houin, *op. cit*, 368[3]; de même, arrêt *De Dalmas*, cité 368[4].

369[2]. Nombre d'auteurs font de la charge des risques une illustration de l'effet résolutoire du rapport.

Les uns (p. ex. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 614) remarquent que la résolution ne trouve aucun objet auquel s'appliquer en cas de perte, ce qui l'empêche de jouer. Sans doute cela explique-t-il que le rapport en nature n'ait pas lieu; mais cela n'explique pas qu'il ne soit pas remplacé par un rapport en valeur; à moins d'admettre que les risques sont pour le propriétaire sous condition suspensive (c'est-à-dire la succession), ce qui est très contestable.

La plupart des auteurs (cités *infra* 393[2]) partisans de la théorie résolutoire rattachent la libération du donataire à l'article 1302 C.civ., qui libère le débiteur d'un corps certain. Il semble que c'est oublier que dans cette théorie la condition ne porte pas sur une dette, mais sur une propriété. L'obligation du donataire de livrer la chose ne naît qu'après que la résolution a joué; si la résolution ne peut pas jouer, elle ne naît pas et ne s'éteint donc pas par la perte. La question est autre: le propriétaire sous condition résolutoire supporte-t-il la perte de la propriété à résoudre? Il faut prendre parti clairement sur cette option fondamentale.

La réplique est aisée. L'article 855 n'a rien d'anormal; car il fait une exacte application de la règle générale « *res perit domino* ». Cette règle a été abandonnée dans le cas de la propriété conditionnelle, sans doute pour ne pas pousser trop loin les effets de la rétroactivité, qui n'est jamais qu'une fiction; en matière d'avancement d'hoirie, la loi fait retour au raisonnement strictement juridique qui veut que le propriétaire sous une condition suspensive accomplie ait toujours été propriétaire de la chose et en ait subi les risques.

370. — L'obstacle capital à l'analyse résolutoire du rapport en nature tient au maintien des aliénations consenties par l'héritier gratifié (art. 860 anc. C.civ.). La résolution de la propriété du donataire exigerait que tous les droits réels constitués par lui sur le bien tombent comme le font les charges et qu'aucun traitement particulier ne soit appliqué au transfert de propriété. Le respect des aliénations fait échec à la maxime « *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* ».

Avant de chercher une justification de cette règle apparemment aberrante, il convient de se demander si elle existe encore. Le doute est possible, car le décret-loi du 17 juin 1938 a abrogé la disposition de l'article 860 du Code Civil, qui édictait cette prescription.

Certains auteurs contestent donc que les aliénations d'immeubles puissent subsister lorsque le donataire est assujetti au rapport en nature[1]. Leurs arguments sont variés. Ils remarquent d'abord que le rapport en nature résulte aujourd'hui nécessairement d'une clause expresse; les tiers sont donc avertis clairement de la fragilité du titre du donataire, qui ressort de l'origine de propriété du bien et qui fait l'objet de la publicité foncière[2]; s'ils acquièrent cependant, c'est à leurs risques et périls[3]. De plus le rapport en nature traduit aujourd'hui la volonté formelle des parties d'anéantir la libéralité en vue de maintenir l'égalité absolue entre les héritiers; on irait à l'encontre de cette volonté en permettant au donataire d'échapper au rapport en nature en aliénant le bien[4]. On ajoute enfin que l'abrogation de la disposition de l'ancien article 860 fait tomber un obstacle artificiel au jeu normal du principe qui veut que lorsque la loi interdit de céder les éléments dont l'ensemble constitue la propriété, elle prohibe *a fortiori* de céder la propriété[5].

370[1]. Le problème ne se pose pratiquement pas pour les meubles, car le plus souvent la propriété de leurs acquéreurs est protégée par l'art. 2279 C.civ. Et encore faudrait-il d'ailleurs que l'on admît la clause de rapport en nature des meubles, ce qui est sérieusement contesté.

370[2]. Décret du 4 janvier 1955, art. 28-2°; et en Alsace-Lorraine: loi du 1er juin 1924 art. 38 *i* et décret du 18 nov. 1924 art. 25 al.2.

370[3]. Savatier, *Cours de Droit Civil*, t. 3. 1945, n° 560; Colin-Capitant, 9e éd., 1945, par Julliot de la Morandière, n° 1246.

370[4]. Colin-Capitant, *op. et loc. praecit.* 370[3].

370[5]. Tournon, Jurisclasseur Notarial, Répertoire, *V° Rapport*, éditions antérieures à 1963, division 0, n° 28.

Mais la réplique est aisée[6]. Relevons préalablement qu'on ne peut rien déduire de la disparition du texte de l'ancien article 860; celui-ci n'a pas été repris par la loi nouvelle parce qu'il paraissait inutile en présence de la généralisation du rapport en moins prenant. Par contre il subsiste l'article 865 du Code Civil, qui continue à ne parler que de l'anéantissement des charges; une déduction *a contrario* correspond beaucoup mieux à l'esprit de ce texte qu'un raisonnement *a fortiori*, d'autant plus que l'opposition entre le sort des charges et celui des aliénations est une règle traditionnelle ancrée dans l'Ancien Droit[7] et reposant sur la faveur dont jouit la propriété foncière. La restriction du champ de la résolution est claire[8], et c'est peut-être pourquoi, le législateur n'a pas hésité à supprimer l'ancien article 860. Quant à la volonté des parties de rendre le bien inaliénable, elle peut exister, mais on ne peut s'y référer que si elle est manifestée par une clause expresse[9]. Enfin, de façon générale, on ne concevrait pas que le rapport soit devenu plus rigoureux en 1938, alors que le réformes ont voulu favoriser la stabilité de la propriété[10]; et le législateur aurait été à contre-courant en établissant une indisponibilité de fait du bien, alors qu'aujourd'hui l'inaliénabilité est plus gênante que jamais[11].

L'effet résolutoire du rapport est donc tenu en échec par le maintien des aliénations.

La théorie résolutoire rend compte de la situation, en exposant qu'il ne s'agit pas d'une simple dérogation à une règle incontestable, et qu'elle s'explique par des raisons purement contingentes.

D'une part, il s'agissait d'éviter que le bien ne soit retiré en fait du circuit des échanges, par le jeu de la menace pesant sur l'acquéreur. C'est une considération d'ordre économique.

D'autre part, les rédacteurs du Code Civil ont suivi le raisonnement de POTHIER, qui justifiait la règle, qui existait déjà dans l'Ancien Droit, par le souci d'éviter au donataire d'avoir à subir un recours en garantie de son acquéreur évincé. En effet, exposait POTHIER, ce recours troublerait par ricochet les relations de famille entre le donataire et ses cohéritiers

---

370[6]. *V.* DEPIERROIS, *...Rapport en nature. Aliénation par le donataire. Mode et montant du rapport*, R.G.N. 1951, art. 26996, n° 12-14; CATALA. th. cit. 362[1], n° 118-119.

370[7]. RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 2928.

370[8]. JOSSERAND, t. 3, 3e éd., 1939, n° 1150; MARTY, *Les réformes récentes du droit successoral...*, J.C.P. 1941.1.182, n° 27.

370[9]. PLANIOL et RIPERT, t. 4 par MAURY et VIALLETON, n° 613; DEPIERROIS, art. précité. 370[6], n° 15.

L'introduction dans la donation d'une condition résolutoire expresse ordinaire est possible. Il s'agit alors d'une véritable clause d'inaliénabilité. De telles stipulations sont valables, si elles sont temporaires et justifiées. Or, d'une part son effet prend fin au décès du donateur, et d'autre part il est toujours possible d'aménager la donation de façon à fournir un motif légitime à l'inaliénabilité: garantie des clauses de retour, de réserve d'usufruit, de versement d'une rente viagère.

370[10]. MARTY, *loc. praecit*, 370[8].

370[11]. PLANIOL et RIPERT, t. 4 par MAURY et VIALLETON, n° 613.

auteurs de l'éviction: *res non sunt amare tractandae inter personas conjunctas*[12]. La dérogation au principe résolutoire repose donc sur des nécessités familiales inéluctables[13].

On ne saurait donc, estime la doctrine classique, attacher une importance d'ordre théorique au maintien des aliénations[14].

371. — Une dernière contradiction entre la réglementation du rapport et son analyse en une résolution réside dans la disposition de l'article 857 du Code Civil, qui exclut les créanciers et légataires de la succession du bénéfice du rapport.

La résolution, fait objectif, devrait remettre le bien dans la succession à l'égard de tous. Donc les créanciers et légataires devraient pouvoir exercer leurs droits sur lui comme sur les autres biens héréditaires. Or les uns ne peuvent pas le saisir, et les autres ne peuvent pas demander qu'il entre matériellement ou simplement financièrement dans leur legs. A leur égard la donation revêt un caractère définitif. Les auteurs classiques déclarent qu'il s'agit d'une résolution relative[1]. Mais cela est-il concevable? Il ne le semble pas, car la résolution est un phénomène dont les effets sont insusceptibles de fractionnement.

Les partisans de la théorie résolutoire répliquent: « Le caractère définitif de la donation vis-à-vis des créanciers et légataires peut être considéré comme une simple irrecevabilité à réclamer le bénéfice d'une résolution réellement effectuée »[2].

Finalement il n'est aucun obstacle sur lequel l'analyse du rapport en nature en une résolution bute irrémédiablement. Il existe simplement une série d'aménagements des principes généraux, imposés par des nécessités d'ordre essentiellement pratique et qui bénéficient parfois d'appuis juridiques solides. D'autre part, la théorie résolutoire rend un compte exact de nombre de règles du rapport. En ce qui concerne le rapport en nature, la position classique paraît donc ferme. Mais ce type de rapport est aujourd'hui réduit au rôle d'exception devant la généralisation du rapport en moins prenant. Celui-ci se plie-t-il aussi bien à l'analyse classique?

370[12]. POTHIER, *Successions*, ch. IV, art. 2, § 7, 5°.

370[13]. DEMOLOMBE, t. 16, n° 512; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 2875; DE PAGE, t. IX, n° 1283.

370[14]. Pour M. HOUIN, art. cit. 368[3], p. 251, il ne s'agit même pas d'une restriction à l'anéantissement des droits réels par la résolution, mais d'une simple inopposabilité aux tiers acquéreurs d'un anéantissement véritable de la propriété. Cette conception est inexacte, car le droit de propriété du donataire, antérieur à l'aliénation, ne lui est nullement retiré rétroactivement. Nul ne soutient que les charges réelles (p. ex. les servitudes) constituées par lui sur le bien avant sa vente sont résolues (au bénéfice de l'acquéreur du bien...) au décès du donateur.

371[1]. Cf. LABBÉ, *Du don en avancement d'hoirie et de son imputation*, Revue Pratique de Droit Français, 1861, pp. 78-91, n° 2 et 3; cpr. du même auteur la note au S. 1880.2.97, col. 2, où il en arrive finalement à nier la résolution. DE PAGE, t. IX, n° 1270.

371[2]. BATIFFOL, note au S. 1937.1.290, note a; BOYER, art. cit. 364[5], n° 13.

Section II

INCOMPATIBILITÉ DE L'ANALYSE RÉSOLUTOIRE AVEC LE RAPPORT EN MOINS PRENANT

372. — Le propre du rapport en moins prenant est de permettre à l'héritier gratifié de conserver en nature le bien qui lui a été attribué par avance. Cet effet se trouve en contradiction absolue avec l'idée d'une résolution de la propriété du donataire et avec l'idée d'une caducité du legs.

Cependant certains auteurs ont tenté de ramener le rapport en valeur à un mécanisme de résolution ou de caducité[1]. Mais la tentative est nécessairement vouée à l'échec.

§ 1. — Essais d'explication du rapport en moins prenant par la résolution.

373. — On comprend fort bien qu'une importante partie de la doctrine ait été tentée par une analyse résolutoire de l'ensemble des modes de rapport, à l'époque où le rapport en nature était de règle[1]. Avant la loi du 24 mars 1898 pour les legs et le décret-loi du 17 juin 1938 pour les donations, le rapport en moins prenant apparaissait comme une exception. C'était donc pour ces auteurs, une simple mitigation du rapport en nature, d'essence résolutoire comme celui-ci. La dérogation aux effets ordinaires de la résolution se justifiait par la nécessité de sauvegarder certains principes essentiels: en ce qui concerne les meubles corporels, il faut tenir compte de la protection que l'article 2279 du Code Civil accorde aux tiers; en ce qui concerne le numéraire, il faut prendre en considération sa fongibilité, qui fait du rapport en nature un rapport en valeur; en ce qui concerne les immeubles, qui étaient parfois rapportables en valeur, cela s'expliquait par des nécessités pratiques exceptionnelles.

Le rapport en moins prenant pouvait apparaître comme un diminutif du rapport en nature, d'autant plus aisément que la valeur rapportable était le plus souvent celle qu'aurait eu le bien dans la masse successorale, s'il y avait été remis en nature: le montant de son estimation au décès ou au partage.

372[1]. La caducité étant considérée *ad usum* comme un phénomène de résolution comprimé dans le temps de façon à se dérouler dans le seul instant du décès; aussi dans un but de simplification, en parlant de résolution, entendons-nous globalement résolution et caducité.

373[1]. Vernet, *Des effets de l'acceptation de la succession du donateur par l'héritier réservataire donataire en avancement d'hoirie*, Revue Pratique de Droit Français, t. 11, 1861, p. 453; Wahl, note au S. 1902.1.177-I; Rouast, *Du droit de préférence résultant du rapport des dettes*, R.T.C. 1911, pp. 687-718, n° 1, n° 15 et note 1 p. 700; Waymel, *De l'imputation des libéralités faites à un héritier acceptant*, th. Lille 1933, pp. 67-71; Batiffol, note au S. 1937.1.290.

Depuis la généralisation du rapport en valeur, la théorie résolutoire se trouve privée de ses arguments essentiels, puisque c'est le rapport en nature qui fait figure d'exception, et qu'au surplus le montant du rapport est celui de l'estimation du bien à la date de la libéralité. Cependant certains appuis de l'analyse subsistent et de nouveaux arguments ont été avancés.

374. — Loin d'être ébranlé par la substitution de la date de la donation à celle du partage pour l'évaluation du montant du rapport en moins prenant, la conviction des partisans actuels de l'analyse résolutoire s'en trouve renforcée. En effet, exposent-ils, la prise en compte de la valeur du bien à la date de la libéralité est caractéristique de l'effet rétroactif du rapport[1]. Le législateur veut ignorer toute la période comprise entre la donation et l'ouverture de la succession; il ne prend pas en considération les variations de valeur survenues pendant que le donataire est propriétaire par anticipation. Cette rétroactivité est le signe de la persistance de l'effet résolutoire du rapport.

375. — Le caractère résolutoire du rapport en moins prenant apparaîtrait également dans le titre d'acquisition de l'héritier gratifié. Celui-ci, ainsi que nous l'avons relevé[1], conserve le bien en qualité d'héritier et non en qualité de gratifié. L'appel légal se substitue à l'appel volontaire. C'est donc que la libéralité est résolue, puisque le titre du donataire disparaît[2]. Sans doute, malgré la résolution, le gratifié conserve-t-il le bien; mais c'est par l'effet du partage, dans lequel le rapport en moins prenant a pour propriété d'imposer l'attribution à l'héritier rapportant du bien qui lui a été avancé. Si la propriété du donataire ne subit aucune solution de continuité entre la donation et la liquidation de la succession, c'est simplement par l'effet déclaratif ordinaire du partage, précise-t-on[3].

376. — L'article 856 du Code Civil fournirait également un appui à la théorie résolutoire. Ce texte stipule que le débiteur du rapport doit aussi « les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport » à compter de l'ouverture de la succession. Dès lors que le bien avancé est frugifère, le gratifié est tenu d'en remettre les fruits dans la succession; et ceci, que le rapport s'exécute en nature ou en valeur[1]: la loi ne distingue pas, l'article 856 fait partie des dispositions communes aux deux types de

---

374[1]. Boyer, art. cit. 364[5], n° 12; dans le même sens: De Page, t. IX, n° 1187-B, in fine.

375[1]. *Supra* n° 84-90.

375[2]. Waymel, th. cit. 373[1], p. 68.

375[3]. Waymel, *eod. loco*; cpr. Batiffol, note au S. 1937.1.290.

376[1]. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 598.

Paris 23 oct. 1956, *De P...*, D.S. 1965.J.514, note De La Marnierre, approbative sur ce point (II); Caen 23 déc. 1848, *Beauquet*, D. 1850.2.177.

rapport. C'est donc qu'après l'ouverture de la succession le donataire n'a plus aucun titre à percevoir les fruits, que sa donation est par conséquent résolue, même en cas de rapport en moins prenant[2]. Si, cependant, les fruits produits antérieurement au décès lui restent acquis, c'est essentiellement pour des raisons pratiques, ainsi que nous l'avons relevé à propos du rapport en nature[3].

377. — Enfin l'analyse résolutoire du rapport en valeur comme du rapport en nature rendrait compte des solutions qu'on donne à certains problèmes techniques annexes.

Les conflits de lois dans le temps en matière de rapport sont résolus par l'application de la loi en vigueur à la date de la libéralité[1]. Or, remarque l'un des partisans les plus convaincus de la théorie résolutoire, M. BOYER[2], c'est la loi du jour de l'ouverture de la succession qui devrait normalement s'appliquer, puisque le rapport est l'effet de la venue du gratifié à la succession comme héritier. Les effets juridiques d'un fait créateur ou extinctif de droits ne sont-ils pas régis par la loi en vigueur au jour où ce fait se réalise ?[3]. La seule explication de la jurisprudence tient à ce que le rapport correspond à l'unique exception à cette règle: celle qui est établie en faveur des faits à conséquences rétroactives, les réalisations de conditions. Car le fait produit alors un effet dans le passé, et la loi nouvelle serait rétroactive si elle pouvait régir ce fait. La solution des conflits dans le temps illustre donc le caractère résolutoire de tout rapport[4].

De même, M. le Doyen ROUBIER rattache la solution des conflits relatifs à l'existence du rapport à l'idée que le rapport est une cause de résolution, sans distinguer entre rapport en nature et rapport en valeur[5]; imposer cette restitution en vertu de la loi de la succession serait anéantir les effets passés du transfert de propriété et la supprimer serait rendre purs et simples des effets passés qui étaient conditionnels. C'est parce que tout rapport est résolutoire qu'une loi ne peut pas transformer un avancement d'hoirie en préciput ou un préciput en avancement d'hoirie.

Le système d'imputation pour l'avancement d'hoirie sert également d'argument à la théorie résolutoire. Nous savons que la solution la plus rationnelle consiste à imputer la libéralité rapportable sur la réserve globale[6]. Or certains auteurs, qu'ils approuvent ou non cette solution, y

---

376[2]. WAYMEL, th. cit. 373[1], pp. 68-69.
376[3]. *V. supra* n° 368.
377[1]. *Supra* n° 306.
377[2]. BOYER, art. cit. 364[5], n° 12.
377[3]. RIPERT et BOULANGER, t. 1, 1956, n° 287.
377[4]. BOYER, art. cit. 364[5], n° 14.
377[5]. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, 2e éd. 1960, n° 76, p. 373; 1ere éd., t. 2, 1933, n° 119, pp. 452-453.
377[6]. *V. supra* n° 52-57.

voient la consécration de l'analyse du rapport en une résolution[7]. En effet, estiment-ils, si la quotité disponible reste intacte pour les libéralités préciputaires, c'est que le rapport efface rétroactivement l'avancement d'hoirie.

La théorie résolutoire trouve également un appui dans la qualification de pacte sur succession future de l'avancement d'hoirie. La façon la plus simple de rendre compte de cette qualification consiste à admettre que le bien qui fait l'objet de la libéralité est successoral. Or comment peut-il faire partie de la succession, si ce n'est par l'effet résolutoire du rapport?[8]. L'explication est simple et directe.

Les arguments produits pour soutenir l'analyse résolutoire du rapport en moins prenant sont donc nombreux et sérieux. Mais entraînent-ils la conviction?

§ 2. — Echec de la théorie résolutoire.

378. — *a*) L'obstacle majeur à l'analyse du rapport en moins prenant en une résolution de la propriété de l'héritier gratifié tient à ce que celui-ci conserve en nature le bien qui lui a été avancé. Le premier effet d'une résolution serait de lui enlever cette propriété. Or ici le rapport se traduit simplement par l'apparition à sa charge d'une dette de somme d'argent.

Une réplique a été esquissée par certains des partisans de la théorie résolutoire[1]. La remise du bien dans la succession serait masquée par le fait que l'héritier gratifié récupère aussitôt la propriété par le partage, dont l'effet rétroagit à la date du décès, si bien qu'aucune interruption n'apparaît dans la propriété du donataire. Quant à la période comprise entre la date de la donation et celle de l'ouverture de la succession, rien n'empêcherait de considérer que la propriété a appartenu au donateur. Certes le donataire a pu aliéner; mais il le peut aussi dans le cas du rapport en nature, dont l'effet résolutoire est cependant reconnu. Certes les charges réelles nées du chef du donataire ne tombent pas, à la différence de ce qui se passe en cas de rapport en nature; mais ce maintien est normal, puisque le donataire se voit attribuer le bien par le partage et que traditionnellement dans cette situation les charges ne sont pas anéanties (art. 865 C.civ. dernière phrase).

377[7]. Josserand, t. 3, 1ere éd., 1930, nº 1717; Colin-Capitant, t. 3, 9e éd. par Julliot de la Morandière, 1945, nº 1546 (et éd. antérieures, p. ex. 8e éd., 1936, nº 962); Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 4e éd. par Julliot de la Morandière et Weill, 1964 nº 254 p. 731 (et éd. antérieures, nº 225); Batiffol, note au S. 1937.1.290; Boyer, art. cit. 364[5], nº 13; J. Mazeaud, étude au R.G.N. 1965 art. 28556 nº 6.

377[8]. Batiffol, note au S. 1937.1.289.

378[1]. *Supra* nº 375.

Le caractère artificiel de cette argumentation se dégage si l'on suppose que le partage n'intervient jamais. La propriété devrait alors apparaître comme résolue; or elle ne l'est nullement. En réalité l'idée même que le partage attribue à l'héritier gratifié le bien qui lui a été avancé est erronée. Le bien est devenu sa propriété incommutable à l'instant de la prise d'effet de la libéralité. Le partage n'attribue pas le bien, mais la dette de rapport du gratifié; et encore n'est-ce que par un jeu d'écritures, d'ordre purement comptable, inventé par le notariat pour rendre compte de l'existence du rapport en valeur par voie d'imputation[2]. Peut-être répliquera-t-on que l'avancement d'hoirie est en soi un partage partiel. Sans doute est-ce un allotissement anticipé; mais précisément, étant anticipé, il ne laisse nulle place à une propriété autre que celle du donataire postérieurement à la donation!

379. — *b*) Les arguments tirés des règles de l'organisation du rapport se révèlent aussi inefficaces que le raisonnement opposé à l'évidente survie de la propriété du donataire.

La mise à profit de l'évaluation du montant du rapport à la date de la libéralité, pour étayer la thèse de l'effet résolutoire, est un procédé profondément original. Il est diamétralement opposé à l'opinion des auteurs qui étaient partisans de l'analyse résolutoire avant les réformes de 1938. L'argument essentiel de ceux-ci était qu'à défaut de figurer en nature dans la masse le bien y figurait pour son exact équivalent monétaire. Les cohéritiers bénéficiaient des plus ou moins values du bien donné, comme s'ils détenaient sur lui le droit réel qui résulte d'une résolution; financièrement les choses se passaient comme si le bien n'était jamais sorti du patrimoine du *de cujus*. Au contraire, en cas d'évaluation du bien au jour de la donation, il y a une différence de traitement entre les biens qui effectivement sont restés dans le patrimoine héréditaire, comptés dans la liquidation pour leur valeur au partage, et ceux qui en sont sortis; on ne comprend pas pourquoi les biens restitués à la masse par la prétendue résolution subissent un sort particulier. Aussi certains des tenants de la théorie résolutoire ont-ils abandonné leur position après 1938[1].

L'existence de positions opposées sur le même point de la même théorie jette le doute sur le bien-fondé de chacune d'entre elles. Lorsqu'on ajoute que les parties peuvent déroger aux modes d'évaluation légaux, et qu'il n'est pas contesté que le rapport en moins prenant ne change pas pour autant de nature, on se rend compte du caractère artificiel de liaisons catégoriques établies entre le montant du rapport et son analyse. Si cependant l'on doit admettre qu'une telle relation a existé, non par l'effet d'une nécessité juridique d'ordre mécanique, mais par la volonté du législateur, ce ne peut être qu'entre l'évaluation du bien à la date du partage et la théorie résolutoire. Car c'est la seule relation

---

378[2]. *V. supra* n° 78 et 236.

379[1]. BATIFFOL, note au S. 1943.2.49.

à laquelle on puisse trouver une justification rationnelle cohérente, le résultat de l'évaluation à la date du partage consistant effectivement en une assimilation des biens donnés aux biens non donnés; par contre, l'évaluation à la date de la donation correspond parfaitement à un transfert définitif de propriété par l'avancement d'hoirie, l'attribution des plus ou moins values suivant normalement la propriété du bien[2].

380. — L'argument qui est fondé sur la substitution du titre légal d'acquisition de l'héritier gratifié en avancement d'hoirie à son titre volontaire ne résiste pas non plus à l'examen. Car cette substitution n'est pas rétroactive[1]. En cas d'avancement d'hoirie par acte entre vifs, les deux titres se succèdent: jusqu'au décès, le donataire use de sa qualité de donataire; il y a simplement inversion de son titre. En cas d'avancement d'hoirie testamentaire, le titre légal existe dès que la libéralité prend effet; mais c'est parce que ce moment se confond avec celui de l'ouverture de la succession. De plus, en ce cas il ne s'agit pas d'un véritable legs, mais d'une opération simplement répartitive. Aussi ne peut-on tirer argument de la disparition totale du titre volontaire du bénéficiaire de cet avancement d'hoirie pour affirmer la caducité du transfert de propriété volontaire.

381. — L'argument tiré du rapport des fruits produits après l'ouverture de la succession n'est pas davantage efficace. Il repose sur une base fort douteuse. La grande majorité des auteurs et la Cour de Cassation considèrent qu'il y a lieu de faire des dispositions de l'article 856 une application distributive: les fruits sont dûs en cas de rapport en nature, et les intérêts — et eux seuls — en cas de rapport en valeur[1]. Le texte ne parle-t-il pas des fruits et intérêts « des choses sujettes à rapport » ? Or en cas de rapport en moins prenant, ce qui est sujet à rapport, c'est une somme: elle n'est apte à produire que des intérêts. D'ailleurs le plus souvent les partisans du rapport des fruits ne décident que le rapport d'une somme équivalente aux fruits[2]. Curieuse mitigation, ne reposant sur aucun fondement légal! Elle fait ressortir les motifs de fait, et non de droit, de la position; il s'agit de tirer parti de la différence entre les revenus d'un immeuble et ceux d'une créance. L'appel à la résolution n'est qu'une argutie, dont on n'applique même pas la conséquence logique: la restitution en nature des fruits.

382. — Quant à l'utilisation des solutions des problèmes de conflits de lois relatifs au rapport, d'imputation de l'avancement d'hoirie, et de qualification de la libéralité à l'égard de la théorie des pactes sur succession future, pour étayer la théorie résolutoire, elle n'est pas pertinente.

379[2]. *V. supra* n° 133-135.

380[1]. *Supra* n° 84-90.

381[1]. Demolombe, t. 16, n° 451; Laurent, t. X, n° 632; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 2917; Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 634 p. 308; Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2925.

Civ. 5 juill. 1876, *Sarda*, S. 1877.1.345, D. 1877.1.277.

381[2]. *V.* les arrêts cités 376[1] et 381[1].

Ces problèmes ont été résolus sans qu'intervienne à aucun stade du raisonnement l'idée de résolution[1]. L'indépendance des matières peut donc être considérée comme totale. Sans doute les solutions adoptées ne s'opposent-elles pas à la théorie résolutoire. Mais elles ne lui sont pas non plus favorables.

Loin d'aider à la compréhension des positions admises, l'idée de résolution complique les problèmes.

En matière de conflits de lois dans le temps, nous avons noté que l'analyse du rapport en une résolution entraîne que c'est toujours la loi en vigueur lors de la donation qui détermine si la libéralité est ou non soumise au rapport, sans qu'on ait à se préocuper de rechercher si l'avancement d'hoirie constitue un mécanisme légal ou volontaire[2]; sur ce point, le raisonnement se trouve simplifié grâce à la théorie résolutoire. Mais, s'il s'agit de déterminer la loi applicable en cas de substitution du rapport en moins prenant du rapport en nature ou vice-versa, la théorie qui voit dans tout rapport une résolution n'est d'aucun secours. Dans les deux cas l'effet rétroactif du rapport est le même (on est alors tenter de considérer que la modification législative n'intéresse que le mode d'exercice d'un droit, le droit de rapport, et d'appliquer en conséquence immédiatement la loi nouvelle!). On ne peut plus recourir à l'opposition entre rapport en nature, résolutoire, et rapport en moins prenant, non résolutoire, qui entraîne l'application de la loi ancienne, puisque la loi nouvelle, créant ou supprimant une cause de résolution, ne peut s'appliquer sans rétroactivité. D'ailleurs on n'utilise pas cette opposition de façon générale, parce qu'elle est inapte à résoudre les conflits relatifs aux autres modifications des modalités du rapport, et qu'il est préférable de fonder toutes les solutions en la matière sur une analyse unique, celle du rapport en une institution de nature principalement contractuelle[3].

382[1]. *V. supra*, respectivement nº 38-57, nº 254-307 et nº 308-356.

382[2]. *Supra* nº 259.

382[3]. On peut trouver une illustration des difficultés que crée l'intervention de l'analyse résolutoire en matière de conflits de lois dans le temps, dans l'embarras de M. le Doyen Roubier. Cet éminent auteur dans la 1ere édition de son ouvrage *Les conflits de lois dans le temps* fondait l'application de la loi ancienne aux conflits relatifs au rapport sur le caractère résolutoire de tout rapport (t. 2, 1933, nº 119 p. 453); le raisonnement était pleinement justifié, car à cette époque seule la question de savoir si une libéralité était un préciput ou un avancement d'hoirie s'était posée en pratique. Après les réformes de 1938, qui ont soulevé des problèmes relatifs uniquement au mode d'exécution du rapport et au calcul du montant du rapport en moins prenant, M. Roubier précisa avec autorité les solutions applicables, en mettant en lumière le caractère contractuel du rapport, sans faire la moindre allusion à l'analyse résolutoire (*L'application dans le temps du décret-loi du 17 juin 1938...*, J.C.P. 1943.1.326, nº 2-4.) Dans la 2e édition de son livre (*Le droit transitoire*, 1960, nº 76 p. 373), où il s'imposait de réunir l'ensemble des problèmes, l'auteur, pour éviter de juxtaposer deux explications, différentes selon les points traités, est contraint de ne pas justifier la jurisprudence relative aux réformes de 1938.

En ce qui concerne le problème de l'imputation de l'avancement d'hoirie, la théorie résolutoire a fait beaucoup de tort au système de l'imputation sur la réserve globale. Elle a été défendue de façon outrancière par VERNET au milieu du XIXe siècle à l'appui de ce système. LABBÉ, partisan de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible, a axé sa démonstration en sens inverse sur l'inanité de l'analyse résolutoire. La polémique passionnée, qui opposa les deux auteurs[4], ancra dans l'esprit de maints juristes l'idée que la solution du problème de l'imputation dépendait du caractère résolutoire ou non du rapport. Si bien que peu d'auteurs ont prêté l'attention nécessaire à l'arrêt de 1907, consacrant l'imputation sur la réserve globale, persuadés que cet arrêt se fondait sur les idées fausses de VERNET[5]. Or cet arrêt ne se réfère nullement à la théorie résolutoire, et il existe des raisons bien plus valables à cette solution[6].

En matière de pacte sur succession future enfin, nous avons relevé que l'appel à l'effet résolutoire du rapport est une voie sans issue[7]. Car une fois affirmé que les droits de propriété conférés par l'avancement d'hoirie sont successoraux, il reste à démontrer qu'ils sont éventuels, ce qui s'avère impossible. En réalité la qualification du rapport au regard de la théorie des pactes sur succession future est étrangère à la dévolution des biens donnés et dépend uniquement de l'analyse de l'objet de l'obligation au rapport.

383. — Le régime du rapport en moins prenant s'avère finalement incompatible avec l'analyse de son mécanisme en une résolution. L'ensemble de son organisation semble mieux répondre à l'idée que le rapport constitue une obligation de l'héritier gratifié, portant sur une somme d'argent, correspondant plus ou moins exactement à la valeur du bien attribué. C'est la seule autre analyse qui soit possible et le rejet de la résolution y renvoie nécessairement.

Le rapport se scinderait donc en deux branches, selon sa technique d'exécution. Le rapport en nature serait d'une nature différente du rapport en valeur. Est-ce concevable? L'idée de résolution ne rend pas compte du rapport en moins prenant; c'est incontestable. Mais

382[4]. LABBÉ, *Du don en avancement d'hoirie et de son imputation en cas d'acceptation de l'hérédité par le donataire*, Revue Pratique de Droit Français, t. 11, 1861, pp. 209-234, 257-279, 315-324; VERNET, art. cit. 373[1], Revue Pratique, t. 11, 1861, pp. 449-470; LABBÉ, *Du don en avancement d'hoirie et de son imputation*, Revue Pratique, t. 12, 1861, pp. 78-91; VERNET, *Réponse à M.* LABBÉ, *eod. loco*, pp. 113-131.

382[5]. *Supra* 377[6-7].

382[6]. *Supra* n° 52-56.

382[7]. *Supra* n° 330, 336-346.

rend-elle un compte exact du rapport en nature? Si le doute est fondé, l'unité d'analyse du rapport peut être reconstituée autour de l'obligation de l'héritier gratifié.

Section III

POSSIBILITÉ DE SUBSTITUER UNE OBLIGATION DE RESTITUTION A LA RÉSOLUTION

384. — Devant l'échec de la théorie résolutoire, la nécessité apparaît de qualifier le rapport en moins prenant en une obligation. Certes cette affirmation, fondée uniquement sur le rejet de la qualification concurrente, mérite d'être vérifiée de façon détaillée. Nous nous livrerons à cet examen ultérieurement[1]. Pour l'instant bornons-nous à constater qu'elle paraît s'imposer après le rejet de l'idée de résolution.

La question se pose de savoir si le rapport en nature ne peut pas se voir appliquer le même traitement, s'il n'existe pas, comme en cas de rapport en valeur, une possibilité de l'analyser en une obligation de l'héritier gratifié. S'il est possible de rejeter la qualification résolutoire, ce résultat ne se limitera pas au rapport en nature, mais encore il renforcera la conclusion à laquelle nous sommes parvenus quant au rapport en valeur. L'ensemble de la thèse de la substitution d'une obligation à la résolution s'en trouvera consolidé.

Or la théorie classique, qui voit dans le rapport en nature une résolution, n'est pas sans faiblesses. Sous l'impulsion de l'exemple du rapport en moins prenant, l'analyse du rapport en nature en une obligation de restitution de la propriété se pose en concurrente valable, et elle peut convaincre.

§ 1. — Faiblesse de l'analyse classique.

385. — L'analyse du rapport en une résolution, tant de façon très générale que de façon limitée au rapport en nature, suscite des doutes, car elle souffre d'une imperfection incontestable sur le plan de la technique juridique. A cette faiblesse vient s'ajouter depuis les modifications législatives de 1938 un décalage par rapport aux conceptions générales du législateur en matière de liquidation des successions.

384[1]. *Infra*, chapitre suivant: n° 400-455.

A. — Imperfection de la théorie résolutoire :

386. — Certains auteurs importants tirent argument contre la résolution de l'irrévocabilité des donations[1]. Adjoindre une condition résolutoire à la libéralité pour en faire un avancement d'hoirie, c'est de la part du disposant faire planer une menace sur la propriété du gratifié. Or la donation doit comporter un désaisissement complet du donateur. Il ne saurait donc être question que la donation soit résolue, en vertu de la volonté du disposant; la donation subsiste nécessairement.

Ce raisonnement doit être rejeté. L'irrévocabilité des donations a un sens technique bien précis, que traduit la maxime traditionnelle « donner et retenir ne vaut »: le donateur ne peut pas se réserver le pouvoir de reprendre, sur une saute d'humeur, l'objet de la donation. La libéralité ne peut pas être faite sous condition potestative. Or, ainsi que nous l'avons déjà noté, le rapport ne dépend pas de l'humeur du disposant, sauf cas de suicide; et, même si l'on tient compte de cette possibilité, la condition n'est pas potestative, mais mixte, car sa réalisation dépend, outre du décès, de la venue du gratifié à la succession en concours avec des cohéritiers[2].

Cependant il existe une façon d'irrévocabilité de l'avancement d'hoirie qui peut être opposée à la théorie résolutoire: l'inefficacité de la résolution à l'égard des créanciers et légataires. C'est l'un des obstacles véritables. Ceux-ci sont de deux sortes: les mitigations apportées à l'effet résolutoire du rapport et l'inadaptation à la situation de l'idée de condition résolutoire.

387. — Nous avons relevé les atteintes que subit la théorie résolutoire du fait des règles originales de l'organisation du rapport. La résolution, qui devrait avoir effet *erga omnes*, est inefficace à l'égard des créanciers et des légataires de la succession dans laquelle elle remet le bien. Les droits de propriété conférés sur le bien par le donataire sont maintenus malgré le rapport. Les charges réelles nées du chef de l'héritier gratifié ne sont pas anéanties lorsque le bien est attribué à celui-ci par le partage.

Pour la doctrine classique, il ne s'agit que d'aménagements d'un principe incontestable. Et il semble bien qu'historiquement ce point de vue soit exact: les règles divergentes n'ont été conçues que comme des dérogations limitées.

386[1]. Capitant, *De l'imputation et du rapport du don en avancement d'hoirie fait à un héritier réservataire qui accepte la succession*, Annales de l'Université de Grenoble, t. 13, 1901, pp. 515-543, p. 526; Colin-Capitant, t. 3, 9e éd., par Julliot de la Morandière, 1945, n° 1546. Cpr. Conseiller P. Dumas, rapport sur Req. 2 mars 1936, *D'Uzès*, D. 1936.1.111; *adde*: les auteurs cités sous le n° 65.

386[2]. *Supra* n° 66.

Mais si l'on considère objectivement l'organisation du rapport en nature, on constate que ces aménagements — particulièrement le maintien des aliénations — sont d'une importance telle qu'on peut se demander où réside le principe: derrière l'anéantissement des charges réelles ou derrière le maintien des aliénations ?[1].

On peut estimer avec Henri CAPITANT que, pressée de faire entrer le rapport dans une catégorie bien connue, la doctrine classique s'est précipitée dans l'analyse résolutoire sans l'approfondir[2]. Le recours à l'intervention d'une condition résolutoire rend compte du rapport en nature de façon parfaite dans la grande majorité des cas; car le plus souvent les termes du problème sont simples: il s'agit d'expliquer la remise en nature du bien dans la succession. Mais lorsque jouent les règles secondaires du rapport, il apparaît qu'on a érigé en principe ce qui ne constitue qu'une explication technique commode, mais partielle, ne découlant pas de façon nécessaire de la nature de l'avancement d'hoirie, mais au contraire discordante.

388. — Le concept de condition résolutoire cadre mal avec la situation dans laquelle il est utilisé[1]. Une condition est une modalité accidentelle du contrat; elle est ajoutée à un acte qui normalement ne la comporte pas. L'acte pur et simple est la règle, l'acte conditionnel l'exception. Or toute libéralité à successible est normalement rapportable, ce n'est que par exception qu'elle est dispensée du rapport. Sans doute le rapport en nature ne constitue-t-il plus la règle depuis 1938; mais il n'est qu'un mode d'exécution particulier du rapport, lequel s'impose de façon générale. Le rapport apparaît dans notre droit comme inhérent à la libéralité à successible. Il ne constitue pas un accident. L'existence même du terme spécifique d'avancement d'hoirie pour désigner la libéralité rapportable indique qu'il s'agit d'une notion unitaire et non de la réunion de deux éléments qui ne peuvent en aucun cas fusionner, mais seulement s'additionner: un acte et sa condition.

D'autre part, à toute propriété sous condition résolutoire d'une personne doit correspondre la propriété sous condition suspensive d'une autre personne sur le même bien. Le même événement enlève la propriété à l'un et la donne à l'autre, avec effet rétroactif à la date du contrat qui a créé la situation. Or en notre matière il n'y a aucune manifestation de l'existence d'un propriétaire sous condition suspensive. Ce devrait être le donateur, dans le patrimoine duquel le bien rentre après l'accomplissement de la prétendue condition. Pourtant on ne conçoit pas que celui-ci fasse d'acte conservatoire sur le bien; l'article 863 du Code Civil impose au donataire l'obligation de veiller à la conservation de la chose, comme s'il n'existait nulle personne autre que lui ayant qualité pour parer à la

---

387[1]. BEUDANT-LE BALLE, t. V bis, n° 857; COLIN-CAPITANT, t. 3, 8e éd., 1936, n° 758; BATIFFOL, note au S. 1937.1.289; DE PAGE, t. IX, n° 1187-B.

387[2]. CAPITANT, art. cit. 386[1], p. 527.

388[1]. DE PAGE, t. IX, n° 1187-B.

détérioraton du bien. De même, le donateur ne peut pas aliéner, même sous condition suspensive, le bien donné. On est tenté d'ajouter qu'il ne peut pas non plus le léguer, mais sur ce point il existe une justification technique spéciale[2].

Par conséquent une analyse différente de celle qui voit dans le rapport une résolution serait la bienvenue. Elle serait accueillie d'autant plus favorablement qu'aujourd'hui le rapport en nature apparaît comme la survivance d'une conception révolue de l'égalité successorale.

B. — Modification de la conception légale du rapport :

389. — Si l'analyse résolutoire apparaît au point de vue pratique comme la mise en catégorie, par la doctrine, de la remise en nature du bien dans la succession, elle apparaît au point de vue théorique comme l'exploitation de la règle de l'égalité en nature dans les partages. Pour assurer celle-ci, le rapport, dont le rôle est d'éviter une répercussion de la libéralité sur l'équilibre successoral, devait effacer matériellement la donation ou le legs. La théorie de l'effet résolutoire correspondait parfaitement à la conception légale du rapport.

Les réformes de 1938 ont substitué l'équivalence à la parité dans les règlements successoraux. C'est cette promotion de l'égalité en valeur que traduit la généralisation du rapport en moins prenant. Le rétablissement de l'équilibre héréditaire peut désormais être assuré sans que soit anéantie la libéralité. La restitution en nature peut encore intervenir, en vertu d'une stipulation expresse de l'acte libéral. Mais elle est exceptionnelle.

L'analyse du rapport en nature en une résolution a toujours été difficile à justifier en soi. Désormais elle ne trouve plus l'appui de la conception légale du rapport: le rapport n'est plus conçu comme la remise des choses en l'état antérieur à la libéralité. Il paraît donc normal d'assimiler le rapport en nature au rapport de droit commun. Celui-ci se présente comme une obligation portant sur une somme d'argent; pourquoi ne pas concevoir le rapport en nature comme une obligation portant sur le bien même qui a fait l'objet de la libéralité? Effectivement l'analyse en obligation s'adapte aussi de façon positive à la situation.

§ 2. — Pertinence de l'analyse en obligation.

390. — La thèse qui voit dans le rapport en nature une obligation de restituer à la succession le bien avancé s'adapte aisément aux règles particulières de ce type d'avancement d'hoirie. Et, en dehors du plan technique, on peut estimer qu'elle est en harmonie avec le sens des réformes législatives qui ont généralisé le rapport en valeur.

388[2]. *Infra* nº 395.

A. — Adaptation aux règles du rapport en nature :

391. — L'analyse proposée rend compte des points du régime légal du rapport en nature qui font difficulté dans l'analyse traditionnelle; et elle fournit en outre une explication valable de solutions que la théorie résolutoire justifie de façon peu satisfaisante.

392. — Le maintien des aliénations opérées par le donataire s'explique aisément. L'héritier gratifié est titulaire de la propriété du bien; il ne cesse de l'être qu'au moment du décès du donateur, par l'éxécution de son obligation de restituer le bien. Or ce payement ne peut s'effectuer que si le débiteur détient encore la propriété. S'il l'a transférée, comme il en avait le pouvoir en qualité de propriétaire, l'objet de l'obligation manque et il ne peut plus être question que d'une exécution par équivalent.

Certes ce sont tous les droits réels conférés par le donataire, et pas seulement la propriété, qui devraient subsister. En effet les cohéritiers sont les ayants-cause du donataire; ils doivent en conséquence subir l'effet de tous les actes par lui accomplis sur le bien rapporté. L'argument principal de la théorie résolutoire fait obstacle. Mais il semble qu'on peut tourner la difficulté en invoquant des considérations pratiques, comme le fait la doctrine classique à propos des mitigations de l'effet résolutoire. On peut juger que les charges réelles tombent, parce qu'il est pratiquement impossible d'estimer l'indemnité que le donataire devrait à la succession si l'on admettait leur maintien[1]. L'anéantissement des charges n'est illogique que comme le sont toutes les transactions[2].

393. — L'analyse du rapport en nature en une dette portant sur le bien rend compte sans difficulté de l'attribution des risques de la chose au donataire. L'article 855 du Code Civil libère celui-ci du rapport en cas de perte fortuite. Cela correspond parfaitement à la théorie de l'obligation réelle[1] : l'obligation du donataire a pour objet le bien qu'il a reçu, donc une chose individuellement déterminée, un corps certain; or l'article

---

392[1]. Laurent, t. XI, n° 23 p. 28.

392[2]. On peut être tenté de supprimer radicalement la difficulté résultant de l'anéantissement des charges, en utilisant l'argument présenté par la majeure partie de la doctrine classique pour justifier le maintien des charges en cas d'attribution du bien au donataire par le partage. L'effet déclaratif du partage fait que l'attributaire du bien est censé en avoir été propriétaire avant l'attribution. Or ce n'est pas cet attributaire qui a constitué les charges, en général; il est donc logique qu'elles tombent.

Mais nous avons relevé l'erreur de ce raisonnement (*supra* n° 362): l'effet déclaratif ne remonte que jusqu'au décès, et non jusqu'à la donation. Or au décès les charges existaient déjà, elles ne subissent donc pas l'effet rétroactif de l'attribution du bien.

Si le raisonnement classique avait été exact, on aurait pu le retourner contre ses auteurs.

393[1]. Beudant-Le Balle, t. V, bis, n° 848.

1302 du Code Civil prescrit que le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de celui-ci[2]. L'article 855 est l'application du droit commun des obligations.

394. — Si l'on considère le rapport comme une obligation, il devient possible de justifier la règle de l'article 857 du Code Civil, selon laquelle les créanciers et légataires du *de cujus* ne bénéficient pas de la restitution. En effet le bien n'est plus censé figurer dans le patrimoine du disposant; et ce n'est pas dans ce patrimoine qu'il reviendra, mais dans celui des héritiers après le décès du donateur. Or les créanciers et légataires n'ont pas d'action contre ceux-ci, sauf, bien entendu, si ces héritiers acceptent purement et simplement la succession de leur auteur; il s'opère alors confusion des patrimoines du défunt et de ses héritiers et l'effet relatif du rapport n'est plus concevable, ainsi que les tenants de toutes les théories le reconnaissent unanimement.

395. — De même l'analyse rend compte de l'impossibilité pour le donateur de faire aucun acte d'administration ou de disposition ayant pour objet le bien rapportable en nature.

En ce qui concerne l'impossibilité particulière de léguer le bien, il existe dans la théorie traditionnelle une explication valable[1].

Ainsi que l'expose M. le Doyen Voirin[2], la nullité de ce legs ne tient pas, dans la théorie résolutoire, à un défaut de propriété du testateur sur le bien[3]. Grâce à la rétroactivité de la résolution, le disposant est

---

393[2]. Telle est d'ailleurs l'explication de l'art. 855 que l'on rencontre le plus communément, même sous la plume des partisans de la théorie résolutoire. Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 2841; Josserand, t. 3, 2e éd. 1933, n° 1140; Colin-Capitant, t. 3, 9e éd., 1945, par Julliot de la Morandière, n° 1245; Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 634, note 14; Ripert et Boulanger, t. 4, 1959, n° 2937.

Cette position n'est pas cohérente. Car dans la théorie résolutoire l'obligation de délivrance de la chose ne naît qu'au décès; on ne saurait donc faire intervenir l'art. 1302 que pour les pertes postérieures au décès; à moins que l'on admette que l'obligation de délivrance remonte rétroactivement à la date de la donation, ce qui fait de l'avancement d'hoirie une obligation sous condition suspensive — analyse fort proche de notre thèse — et non une propriété sous condition résolutoire.

395[1]. Précisons, de prime abord, qu'en cette matière on ne saurait tirer argument de la validité du testament-partage comprenant des biens rapportables (*supra* n° 317). Car le testament-partage a pour seule fonction de répartir les biens qui figureront dans la masse partageable; peu importe donc qu'ils n'appartiennent pas au disposant. Le testament-partage ne réalise qu'un partage et non une transmission de propriété. Le legs (sauf s'il se révèle lui-même un avancement d'hoirie) est translatif de propriété: il faut donc que le disposant soit propriétaire. Les situations sont dissemblables.

395[2]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1946.2.3287, point III.

395[3]. Comme l'affirme un jugement du Trib. Civ. de Lyon du 24 mars 1945, *Rousset* (J.C.P.N. 1946.2.3287, obs. Voirin), pour lequel ce legs est nul comme portant sur la chose d'autrui parce que, le rapport ne s'opérant qu'à l'ouverture de la succession, le testateur n'a pas récupéré la propriété du bien de son vivant.

censé être toujours resté propriétaire du bien. Mais l'effet de cette résolution est relatif (art. 857 C.civ.); à l'égard des légataires le bien est réputé définitivement sorti du patrimoine du testateur. Les legs ne peuvent donc s'exécuter que sur les biens existants.

Cette justification est impeccable, mais elle est strictement limitée au problème du legs du bien. Elle est inapte à expliquer qu'on n'admette pas que le donateur, propriétaire sous condition suspensive, vende le bien sous la même condition et que cette vente produise effet si le rapport intervient. L'acquéreur sous condition résolutoire n'est pas, semble-t-il, un créancier exclu du bénéfice du rapport par l'article 857 comme le légataire!

L'analyse du rapport en une obligation réelle du donataire paraît permettre une explication générale. Cette obligation est soumise à une éventualité qui ne peut se réaliser qu'à l'ouverture de la succession du donateur, et elle ne s'exécute qu'à cet instant. Le disposant ne redevient donc jamais propriétaire du bien et ne peut pas conférer de droits sur celui-ci. Peut-il du moins aliéner entre vifs ou à cause de mort la créance contre le donataire? Non. Il existe deux façons de concevoir l'obligation[4]. Dans l'une — contestable, il est vrai — le créancier n'est pas le donateur, mais ses héritiers, par l'effet d'une stipulation pour autrui; le donateur ne peut donc pas disposer d'une créance qui ne lui appartient pas. Dans l'autre, le donataire est le titulaire de la créance, mais celle-ci présente, à raison de sa fonction, un particularisme tel qu'elle est incessible. Dans les deux cas l'analyse proposée rend compte des solutions admises.

396. — De façon générale l'analyse du rapport en nature en une obligation du donataire ayant le bien pour objet s'adapte à la situation aussi bien, sinon mieux, que l'analyse en une résolution. La conception nouvelle rend compte des lacunes de la conception ancienne; mais, elle-même, elle n'est pas parfaite et souffre d'une sérieuse atténuation quant à l'anéantissement des droits réels. La théorie de l'obligation se pose en concurrente valable de la théorie classique[1]. Mais l'hésitation reste possible. En pareil cas, seule la loi peut faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre. Or il semble qu'elle donne son appui à la théorie nouvelle.

B. — Correspondance avec le sens de la loi :

397. — Certes la loi ne se prononce pas expressément. Il est impossible de tirer aucune indication du libellé des textes. Certains des partisans de la théorie résolutoire étayent leur conviction en relevant une différence de traitement dans le Code entre les dispositions favorables

---

395[4]. *Infra* n° 242-428.

396[1]. Beudant-Le Balle, t. V bis, n° 857.

à la résolution et celles favorables à l'obligation[1]. L'anéantissement des charges réelles, qui constitue le principal argument de l'analyse résolutoire, fait l'objet d'un texte exprès: l'article 865. Par contre le maintien des aliénations, principal argument en sens inverse, ne fait plus l'objet d'aucun texte de loi; déjà avant les réformes de 1938, il n'était que la conséquence implicite des articles 859 et 860, qui avaient un autre objet principal. Mais il s'agit là d'un bien faible indice, qui relève d'une conception exégétique du droit.

398. — Cependant il est assuré que certains des rédacteurs du Code Civil ont clairement conçu le rapport en nature comme une résolution. Mais cette opinion, dès lors qu'elle ne s'est pas traduite de manière indiscutable dans l'ensemble de la réglementation du rapport, n'est pas de nature à imposer l'adhésion à la théorie classique. Et surtout il s'agit de la position du législateur de 1804. Or l'organisation de la matière a été profondément remaniée depuis lors. Ne doit-on pas considérer, au contraire, que l'esprit de la législation actuelle de l'avancement d'hoirie ne s'accorde plus avec l'analyse résolutoire?

Depuis 1938 le mode général d'exécution du rapport est la compensation en valeur, qui ne peut être qualifiée que dans le cadre de la théorie des obligations. Le rapport en nature a été relégué au rang d'exception. Il ne s'agit même pas du mode légal de rapport dans un ou plusieurs cas particuliers, mais seulement de l'effet de la volonté manifeste du disposant. L'importance essentielle de la volonté en matière d'avancement d'hoirie suffit à expliquer le respect de la technique ancienne. Le fait que le rapport en nature soit réduit à une place aussi minime n'est-il pas significatif de l'importance attachée par le législateur à la nouvelle conception du rapport? Il semble bien que la généralisation de la technique du rapport en valeur a entraîné la prépondérance de l'analyse du rapport en une obligation, dont elle est indissociable.

Le rapport en nature n'est plus qu'une exception. Il est rationnel de ne pas accentuer son originalité, surtout en lui appliquant une qualification qui en soi est douteuse. L'analyse résolutoire aurait pour effet de scinder la qualification du rapport en deux branches opposées; l'analyse en obligation, qui s'adapte sans difficulté au rapport en nature, permet au contraire d'unifier la matière autour de la conception que met en œuvre la législation la plus récente. Ne faut-il pas préférer la voie de l'unité, lorsque le choix est ouvert?

L'analyse résolutoire est axée sur une technique de restitution; elle ne la dépasse pas, parce qu'elle suffit à en rendre un compte satisfaisant. L'idée d'obligation, au contraire, beaucoup plus vaste, permet de s'élever au-dessus de la matérialité du rapport[1]. Elle regoupe toutes les techniques d'exécution et elle les relie à l'acte qui leur donne naissance; elle renvoie à une analyse globale de l'avancement d'hoirie.

397[1]. Colin-Capitant, t. 3, 8e éd., 1936, n° 758; Batiffol, note au S. 1937.1.290.

398[1]. Nast, note à la R.D.I.P. 1907 p. 407, sous Trib. Civ. Seine 27 déc. 1906, *Del Drago*.

399. — La théorie qui voit dans le rapport la résolution de la libéralité doit être bannie du droit contemporain. Inapte à rendre compte du rapport en valeur, qui est inhérent à la plupart des avancements d'hoirie, elle est également malvenue en cas de rapport en nature. Au contraire l'analyse de tout rapport en une obligation adjointe au transfert de propriété s'adapte de façon générale à tous les types d'avancement d'hoirie. Avant de tirer parti de cette constatation pour la recherche de la nature juridique de l'acte, il importe d'approfondir l'analyse dégagée et de préciser la structure de l'obligation de rapport.

CHAPITRE II

STRUCTURE DE L'OBLIGATION DE RAPPORT

400. — L'expression *obligation de rapport* est très répandue en doctrine. Mais le plus souvent elle ne correspond pas à l'analyse du rapport en un lien de droit astreignant le débiteur à fournir une prestation à un créancier. Le terme est employé dans son acception vulgaire, car son sens juridique précis est incompatible avec l'analyse du rapport en une résolution, que défendent la plupart de ceux qui l'emploient. Certes dans cette utilisation très large, il recouvre parfois des obligations au sens précis; mais il ne s'agit pas alors de l'obligation de rapport proprement dite, mais des obligations annexes, qui peuvent résulter même du rapport-résolution: obligation de livrer le bien, obligation de payer les intérêts[1]...

Dans le cadre du la thèse de rapport-obligation, l'expression *obligation de rapport* est prise uniquement dans son sens juridique le plus strict. Il s'agit donc d'une part de vérifier si l'obligation, dont l'existence se dégage du rejet de la théorie résolutoire, présente bien les éléments essentiels de la structure de toute obligation; de vérifier si aucune défaillance majeure ne vient d'opposer à l'analyse proposée. Il s'agit d'autre part de déterminer les particularités qui caractérisent cette obligation, afin de disposer de matériaux élaborés pour l'appréciation globale de la nature juridique de l'avancement d'hoirie.

400[1]. Boyer, *Les conflits de lois en matière de rapport des libéralités*, R.C.D.I.P. 1949, pp. 209-263, n° 11.

L'emploi du terme d'*obligation de rapport* est souvent trompeur, particulièrement lorsqu'il est fait par des auteurs pour lesquels la théorie résolutoire est tellement certaine qu'ils n'éprouvrent plus le besoin de l'exprimer, P. ex.: Demolombe, t. 16, n° 485: Roubier, *L'application dans le temps du décret-loi du 17 juin* 1938..., J.C.P. 1943.1.326, n° 2-6.

Un examen rationnel de la structure de l'obligation de rapport peut progresser du plus simple et du plus connu au plus complexe et au moins apparent. Nous étudierons donc successivement l'objet de l'obligation, ses parties et le jeu de son mécanisme.

SECTION I : *L'objet de l'obligation.*

SECTION II : *Les parties à l'obligation.*

SECTION III : *Le mécanisme de l'obligation.*

SECTION I

L'OBJET DE L'OBLIGATION

401. — La consistance de l'objet de l'obligation est fort différente selon le mode d'exécution du rapport. Il nous appartient de l'examiner et de rechercher ce qui détermine le choix de cet objet.

§ 1. — Consistance de l'objet.

Le rapport en nature s'oppose au rapport en valeur.

A. — CAS DU RAPPORT EN NATURE:

402. — La dette de l'héritier gratifié a pour objet la substance même de la chose qui lui a été attribuée par l'avancement d'hoirie, le bien individuellement déterminé, c'est-à-dire un corps certain.

Le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte fortuite de la chose (art. 1302 al. 1 C.civ.). C'est pourquoi l'article 855 du Code Civil met les risques à la charge de la succession. Si la perte est partielle, le débiteur n'est plus tenu que de fournir ce qui subsiste de la chose.

Il se peut que dans ce cas il bénéficie d'une indemnité d'assurance, qui lui permet de reconstituer le bien; il restitue alors tout le bien, mais il a certainement droit à un remboursement au titre des impenses. Car les cohéritiers n'ont aucun droit sur l'indemnité d'assurance. Celle-ci représente les primes librement payées par le donataire, qui n'était nullement tenu de s'assurer[1]. La subrogation réelle n'existe pas de

---

402[1]. Encore qu'il s'agisse de plus en plus d'une charge normale de la propriété immobilière, supportée par les revenus.

V. LEMOLOMBE, t. 16, n° 491; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 2845; COLIN-CAPITANT, t. 3, 9e éd. par JULLIOT de la MORANDIÈRE, 1945, n° 1245; AUBRY et RAU, t. X, § 634, texte et note 13; PLANIOL et RIPERT, t. 4 par MAURY et VIALLETON, n° 615; RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 2938.

plein droit en cette matière; et la loi du 13 juillet 1930 ne contient en faveur des créanciers du rapport aucune disposition analogue à celle insérée dans son article 37 en faveur des créanciers hypothécaires[2].

Quel sera le montant des impenses dont il est tenu compte au donataire? Il semble qu'il doit être égal à la différence entre la valeur de la partie du bien restée intacte et la valeur totale du bien reconstitué appréciée au temps du partage. Car il ne s'agit pas d'impenses nécessaires, relevant de l'article 862 du Code Civil, puisqu'elles n'ont pas pour objet de conserver la chose, qui a été détruite, mais de la reconstituer; il s'agit d'impenses utiles, qui ont amélioré les restes de la chose et qui relèvent de l'article 863 du Code Civil.

B. — Cas du rapport en valeur :

403. — L'obligation de l'héritier gratifié a pour objet non plus la chose elle-même, mais une somme d'argent. Si l'on parle encore de « rapport du bien », c'est que cette somme représente la valeur du bien; elle correspond à son estimation à une date de référence, assortie éventuellement d'une marge d'aléa lorsque la fixation du montant du rapport est faite à forfait.

La physionomie de l'obligation diffère sensiblement selon le mode d'établissement du montant du rapport.

404. — L'obligation de l'héritier porte le plus souvent sur une somme définitivement déterminée dès la date de la libéralité. Telle est la situation qui résulte des articles 860 et 868 du Code Civil, qui posent le principe du rapport de la valeur du bien à la date de la donation; tel est aussi le cas lorsque le rapport est fixé à forfait.

On peut dire que les choses se passent alors *comme si* la libéralité avait porté sur la somme d'argent fixée[1], car la somme constitue l'objet du rapport, or l'objet du rapport est par définition ce qui a été donné[2].

De là a considérer que, par l'effet de l'institution du rapport d'une somme invariable, l'objet de la libéralité se trouve affecté de fongibilité[3], il n'y a qu'un pas; mais on peut hésiter à le faire. Certes le bien donné

402[2]. Depierrois, *...Rapport en moins prenant. Fixation d'après la valeur de l'immeuble au décès du donateur. Perte ou détérioration par cas fortuit. Mode de rapport*, R.G.N. 1951, art. 26996, n° 8.

404[1]. Desbois, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938, D.P. 1938.4.355-I; Marty, *Les réformes récentes du droit successoral...*, J.C.P. 1941.1.182, n° 26.

404[2]. L'assimilation n'est possible qu'au point de vue du rapport, car quant à la réduction, sauf en ce qui concerne la formation de la masse de calcul prévue par l'art. 922 C.civ., c'est le bien donné lui-même qui est pris en considération, ainsi que le manifestent la réduction en nature et la réduction en valeur proportionnelle, qui en est l'exact équivalent.

404[3]. Comme le fait M. Voirin, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938..., Lois Nouvelles, 1938.1. pp. 29-49, n° 8, 11, 15.

est remplacé, pour le rapport, par un autre bien: la somme d'argent; et cette somme, étant invariable, n'est plus liée au bien donné et est pleinement fongible. Mais d'une part la conception commune de la fongibilité est beaucoup moins large: elle se limite pratiquement à considérer que le bien peut être remplacé par une chose du même genre[4]; aussi, affirmer par exemple que l'immeuble donné se trouve affecté de fongibilité, risque de créer un malentendu: on estimera que le donataire peut lui en substituer un autre dans son rapport — ce qui est inadmissible, la dation en payement étant exclue dans l'exécution de l'obligation de rapport —. D'autre part et surtout, la théorie de la fongibilité du bien donné présente l'inconvénient de ne pas mettre assez en évidence l'ampleur de la modification apportée au rapport; elle prédispose, si l'on ne se livre pas à une analyse raffinée de la fongibilité, à considérer que c'est encore le bien donné qui fait l'objet du rapport, sous une forme d'équivalent; en réalité, il y a changement total d'objet du rapport; il n'y a plus à strictement parler *rapport*, c'est-à-dire *remise*, mais il y a exécution d'une obligation quasi autonome. Par ailleurs on peut se demander si la thèse de la fongibilité de l'objet de la libéralité ne conduit pas à admettre que l'héritier rapportant puisse, s'il le veut, rapporter le bien lui-même, puisqu'il reste l'objet de l'obligation au rapport au même titre que la somme d'argent; or aucune option n'est reconnue au débiteur du rapport.

Quelle que soit la position adoptée, le résultat pratique est le même quant à la charge des risques de la chose. Ils sont pour le donataire, débiteur du rapport. Dans la théorie de la fongibilité, il s'agit d'une application de la maxime «*genera non pereunt*»: le bien qui périt est une chose de genre[5]. Dans la théorie de l'obligation portant sur une somme d'argent, la perte n'intéresse pas les relations entre débiteur et créancier, puisque la chose n'est nullement *in obligatione*, et que le montant de la somme qui fait l'objet de l'obligation n'a plus de lien avec la chose dès que la donation est conclue[6].

405. — Si le montant du rapport est établi d'après l'estimation du bien à la date du décès ou du partage, l'objet de l'obligation est encore une somme d'argent. En cas de rapport en valeur, ce n'est jamais la chose attribuée qui constitue l'objet de l'obligation. Mais, à la différence de l'hypothèse précédente, la dette ne cesse pas d'être rattachée

---

404[4]. Il existe divers critères de la fongibilité, chacun valable en soi, mais plus ou moins spécial. Cf. JAUBERT, *La consomptibilité et la fongibilité*, R.T.C. 1945, p. 75 et suiv.

404[5]. VOIRIN, art. précité 404[3], n° 11.

404[6]. Cpr. BEUDANT-LE BALLE, t. V bis, n° 850. Les auteurs justifient généralement la solution par l'application de la maxime *genera non pereunt* à la somme due, qui est une chose de genre. Cela ne semble pas pertinent, puisque ce qui périt ce n'est pas la somme, mais un bien différent, qui n'est pas une chose de genre pour les adversaires de la théorie de la fongibilité.

à la chose; elle subit les fluctuations matérielles et économiques qui affectent celle-ci, presque de la même façon que si le bien était lui-même l'objet de l'obligation.

Le procédé n'a rien d'extraordinaire. Il est fréquent de ne liquider le montant d'une dette qu'au moment de son payement, ainsi que c'est le cas lorsque le rapport porte sur la valeur du bien au partage, ou de le liquider à une date postérieure au contrat qui est à son origine, ainsi que c'est le cas lorsque le rapport porte sur la valeur du bien au décès.

Le rattachement de la somme dûe à la valeur du bien explique que les risques ne soient pas à la charge du débiteur, quoi que le bien soit sa propriété et que sa dette porte sur une somme d'argent qui, en soi, constitue une chose de genre. Cette situation exceptionnelle est l'effet d'une clause indirecte de transfert des risques.

Ce mode d'établissement de la valeur rapportable rapproche le rapport en moins prenant du rapport en nature. Mais il n'intervient qu'à titre d'exception. Au surplus la différence entre les objets des deux types de rapport est manifeste. Aussi le choix de l'objet de l'obligation est-il d'une importance essentielle.

§ 2. — Choix de l'objet.

406. — Le choix de l'objet de l'obligation de rapport détermine si le gratifié conserve le bien ou s'il le perd; partant, il décide de l'efficacité générale de l'avancement d'hoirie comme allotissement anticipé. L'héritier gratifié et le disposant ont un égal intérêt à l'avoir en leur pouvoir. Or il apparaît qu'il dépend à peu près uniquement du disposant et qu'il échappe en principe à l'héritier débiteur.

A. — Pouvoir du disposant :

407. — *a*) Le disposant est libre de choisir, au moment de la formation de l'obligation, entre le rapport en nature et le rapport en moins prenant et entre les différents modes de calcul du montant de ce dernier.

Cette maîtrise de la détermination de l'objet du rapport est naturelle. Car la volonté du disposant fait la loi de l'avancement d'hoirie. En matière de testament, l'acte étant unilatéral, le testateur décide nécessairement seul. En matière de donation, le disposant doit obtenir l'accord du donataire, car la création de l'obligation fait l'objet d'un contrat; mais le donataire ne peut pratiquement pas s'opposer à la décision du donateur, sous peine de voir celui-ci préférer ne pas lui consentir la donation.

La liberté du disposant a toujours été reconnue. En ce qui concerne les donations, la possibilité de substituer le rapport en valeur au rapport en nature légal n'a jamais fait difficulté; car, d'une part, le Code donne lui-même l'exemple d'un tel changement d'objet (art. 859 ancien, 860

ancien, 868 C.civ.), et, d'autre part, les tribunaux ont pu considérer qu'il s'agissait d'un diminutif de la dispense totale de rapport[1]. En ce qui concerne les legs, l'admission du rapport en moins prenant a rencontré des réticences, car il n'existait aucun texte qui pût servir d'exemple, et la prescription même du rapport en nature pour les legs, qui les privait de tout sens, était considérée par une partie de la doctrine comme la survivance de l'incompatibilité coutumière des qualités de légataire et d'héritier. La jurisprudence décida cependant l'assimilation aux donations[2]. La stipulation de forfait et la substitution de la date de la libéralité à celle du partage ou du décès pour la fixation du montant du rapport en moins prenant ont été admises sur le fondement d'un raisonnement identique.

La loi du 24 mars 1898, modifiant l'article 843 du Code Civil, a interdit le rapport en nature des legs. Sur ce point la liberté du disposant subit donc une restriction. Mais le testateur peut encore certainement déterminer lui-même le montant du rapport en moins prenant du legs en avancement d'hoirie.

Quant aux donations, le décret-loi du 17 juin 1938, modifiant les articles 859 et 860 du Code Civil, a, au contraire, confirmé la pleine liberté des parties de choisir l'objet du rapport et de fixer sa consistance. Le doute n'est plus possible en cette matière. Aussi la doctrine admet-elle, de façon générale, que les parties substituent le rapport en nature au rapport en moins prenant des meubles prescrit par l'article 868 du Code Civil[3], et *a fortiori* qu'elles décident que le rapport en moins prenant se fera selon une valeur autre que celle du bien à la date de la donation.

408. — La détermination de l'objet de l'obligation de rapport intervient normalement dans l'acte de libéralité même. Mais le disposant peut changer ultérieurement d'opinion sur la pertinence du choix qu'il a fait. Il lui est encore possible de modifier l'objet de l'obligation.

L'opération ne pose pas de problème lorsque l'avancement d'hoirie est l'œuvre d'un testament. Le testateur peut jusqu'à son décès modifier seul cet acte unilatéral.

407[1]. Bordeaux 27 juill. 1854, *Marchand*, D. 1855.2.187; Nancy 28 juin 1880 *Warinier*, et, sur pourvoi, Req. 28 juin. 1882, S. 1883.1.123, D. 1885.1.27.

407[2]. Req. 11 fév. 1879, *Gallay*, D. 1879.1.297, note anonyme, S. 1880.1.201. *Adde*: Req. 9 fév. 1830, *Bonmarchand-Alviset*, S. chronol.

407[3]. Demolombe, t. 16, n° 552; Laurent, t. XI, n° 4; Beudant-Le Balle, t. V bis, n° 855; Voirin, *Commentaire du décret-loi du* 17 *juin* 1938... Lois Nouvelles 1938.1, pp. 317-344, n° 30; Colin-Capitant, t. 3, 9e éd., 1945 par Julliot de la Morandière, n° 1243; Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 605; Catala, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, éd. Paris 1954, n° 120.

Contra: Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2914.

Il n'existe pas de jurisprudence, si ce n'est un arrêt Req. 13 juill. 1897, *Musso*, D. 1898.1.353, qui, visant l'article 868, valide la stipulation de rapport en nature d'obligations prêtées.

Mais, s'il s'agit d'une donation entre vifs, l'accord du donataire est requis, comme pour toute modification d'un contrat (art. 1134 C. civ.)[1], et il doit être donné dans les formes de la donation[2]. Toutefois la modification peut s'opérer par acte unilatéral du donateur si elle s'analyse en une dispense de rapport partielle, en une libéralité supplémentaire (art. 919 al. 2 C.civ.). Mais on ne conçoit guère d'application de cette possibilité quant au changement d'objet de l'obligation, si ce n'est la substitution d'un chiffre à un autre plus élevé en cas de rapport à forfait[3].

De toute façon c'est encore le disposant qui a la maîtrise de la modification de l'objet du rapport. Certes l'opposition du donataire est efficace lorsque la modification ne peut s'opérer que par contrat; mais en pratique le donateur dispose parfois de moyens de pression convaincants: telle la menace de privation de quotité disponible. Et, même en cas de nécessité de l'accord du gratifié, l'initiative appartient toujours au disposant, dont la volonté est indispensable.

409. — *b)* Après le décès du disposant, le choix opéré par celui-ci est irrévocable. Ses héritiers, créanciers du rapport, n'ont pas le pouvoir de le modifier, même si l'acte du disposant est unilatéral. Notamment ils ne peuvent pas réclamer la substitution du rapport en nature au rapport en moins prenant ou la réévaluation du rapport en moins prenant[1]. Mais la modification peut être réalisée par un accord avec l'héritier gratifié, dans lequel les parties sont à égalité en droit et en fait. Cette convention constitue l'aménagement entre créancier et débiteur d'une obligation existante. Cependant elle manifeste un certain particularisme. Normalement elle devrait s'analyser en une remise de dette lorsque les cohéritiers consentent à recevoir moins que ce qui leur est dû; et, inversement, s'analyser en une donation par l'héritier rapportant lorsque celui-ci consent à payer davantage qu'il ne doit. Or il existe un certain flottement sur ces analyses. A la fin du XIXe siècle la Cour de Cassation a considéré, en matière fiscale, que l'augmentation du montant du rapport en moins prenant, par la substitution de la date du décès à celle de la donation comme moment d'estimation du bien, constituait une donation en faveur des cohéritiers créanciers[2]. Mais actuellement l'administration

---

408[1]. *V.* cependant l'efficacité de la modification unilatérale, lorsqu'elle est appuyée par une clause pénale, supra 138[4].

408[2]. *Supra* n° 316.

408[3]. *V. supra* 316[3].

409[1]. PRÉCIGOUT, *Rapports à succession. Modification des modalités avant ou après le décès du donateur*, J.C.P.N. 1963.1.1802, n° 23.

409[2]. Req. 9 fév. 1880, *Casimir-Périer*, D. 1880.1.313.

de l'Enregistrement ne réclame plus le droit de mutation à titre gratuit sur la plus-value dégagée au profit des cohéritiers[3], mais un simple droit de soulte de partage[4].

Le droit fiscal étant particulièrement avare de faveurs en matière de libéralités entre collatéraux, cette position suggère qu'en droit civil l'opération peut ne comporter aucun élément libéral. Effectivement, dans les cas qui ont été soumis à l'Enregistrement il s'agissait toujours de mettre en harmonie le rapport avec les règles légales du partage, qui se trouvent mises à mal par l'organisation actuelle du rapport en moins prenant; il s'agissait de revenir au principe de l'appréciation de l'égalité à la date du partage, voire au principe de l'égalité en nature. On peut estimer qu'il n'y avait là rien de libéral, mais la simple exécution d'une obligation naturelle des parties. Il est fort probable que si la modification intervenait dans le sens inverse, de façon à accroître la divergence entre les principes traditionnels du droit successoral et ceux de l'avancement d'hoirie, l'Administration n'hésiterait pas à appliquer le tarif des donations, et ce serait justifié, car il y aurait nécessairement intention libérale.

410. — Il est un cas où le choix de l'objet de l'obligation de rapport appartient au gratifié, après le décès; mais il s'agit encore d'une application du pouvoir prépondérant du disposant. C'est l'hypothèse dans laquelle le disposant a stipulé en faveur du gratifié une option entre rapport en nature et rapport en valeur.

Le choix est encore l'effet de la volonté du disposant. Car c'est celui-ci qui prévoit le double objet de l'obligation, et ce n'est que par délégation de pouvoir que le choix est exercé par le donataire.

La validité de cette stipulation n'est pas discutée[1]. Il s'agit d'une obligation alternative, conforme aux prescriptions des articles 1189 et suivants du Code Civil. L'obligation a deux objets: le bien et la somme d'argent. Si l'un d'eux devient impossible, — ce ne peut être en l'occurrence que la délivrance du bien — l'obligation subsiste quant à l'autre

---

409[3]. Réponse du Ministre du Budget au Conseil de la République, 7 avril 1954, J.C.P.N. 1954.4.1785; Réponse du Secrétaire d'Etat au Budget au Conseil de la République, 12 fév. 1958, J.C.P.N. 1958.4.2535.

409[4]. *V.* les détails d'application, illustrés d'exemples, tant dans le cas de l'augmentation du montant du rapport en valeur que dans celui de la substitution du rapport en nature au rapport en valeur (s'analysent en un échange, plus un transfert des plus ou moins values comme en cas de réévaluation du rapport en valeur), dans Précigout, art. précité 409[1], n° 25-28.

410[1]. Riom 7 janv. 1891, *Pernin*, D. 1892.2.241, note anonyme; Trib. Civ. Nancy 19 fév. 1895, *Gigout*, D. 1895.2.433.

Demolombe, t. 16, n° 527-I; Laurent, t. XI, n° 26; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 2863; Voirin, art. cit. 407[3], n° 29 p. 337.

objet[2]. Des deux objets possibles, le débiteur ne doit en payer qu'un. Le choix appartient au débiteur; toutefois, il eût pu aussi être déféré aux créanciers (art. 1190 C.civ.). Une fois opéré, le choix rétroagit à la date de naissance de l'obligation. Lorsque c'est le rapport en valeur qui a été choisi, l'héritier gratifié se trouve avoir été propriétaire incommutable du bien dès l'instant de la libéralité[3].

La liberté du gratifié dans cette situation ne doit pas faire illusion: elle est l'effet du bon vouloir du disposant. Le gratifié n'a aucun pouvoir par lui-même.

B. — Pouvoir de l'héritier gratifié :

411. — Avant l'ouverture de la succession, il n'y a pas place pour un choix de l'objet de son obligation par le successible gratifié. Si l'avancement d'hoirie est fait par testament, l'acte du disposant est unilatéral; de plus il ne prend effet qu'au décès. Si l'avancement d'hoirie est consenti par voie de donation entre vifs, nous avons déjà mentionné la prépondérance de fait du disposant; le donataire ne peut que donner son accord ou refuser le don.

412. — Après l'ouverture de la succession, l'héritier gratifié ne peut qu'exécuter les dispositions qu'a prises le *de cujus*. Traditionnellement on lui refuse tout choix.

Cependant la rédaction de l'article 859 du Code Civil, telle qu'elle résulte du décret-loi du 17 juin 1938, jette un doute sur la solution: « Le rapport des immeubles ne peut être exigé en nature, à moins

---

410[2]. Le principe subit une légère altération du fait de l'intervention de la loi quant aux cas d'impossibilité de rapport en nature prévu.

D'une part, en cas de perte fautive du bien, l'obligation ne devient pas, contrairement à l'art. 1193 C.civ., pure et simple avec l'autre prestation pour objet; mais c'est le rapport en moins prenant légal qui prend place *in obligatione* (art. 855 C.civ. *a contrario*) à côté du rapport en moins prenant convenu. Or les deux sont souvent différents.

D'autre part, lorsque le donataire a aliéné le bien donné, le rapport en nature est impossible aussi. Une option reste cependant ouverte; le rapport en nature est remplacé par le rapport en moins prenant de la valeur à la date de la donation (*infra* nº 413); le donataire a le choix entre ce rapport et le rapport en moins prenant convenu.

L'option entre les deux rapports en valeur est très avantageuse pour le donataire, qui choisit celui dont le montant se trouve être le moins élevé. Une situation fort semblable s'est présentée avant 1938 dans une espèce où l'obligation alternative avait été stipulée; le rapport en nature était resté possible, mais on se trouvait dans les circonstances dans lesquelles l'art. 859 ancien autorisait le gratifié à remplacer le rapport en nature par le rapport en moins prenant légal. Un arrêt de la Cour de Bourges du 21 juin 1888, *Pernin*, (D. 1890.1.301, sous Civ. 7 juill. 1890) a admis que le donataire opte pour ce rapport légal plutôt que pour le rapport forfaitaire prévu parallèlement au rapport en nature (*V.* la note anonyme au D. 1892.2.241, sous Riom 7 janv. 1891 rendu sur renvoi après cassation sur un autre point).

410[3]. Riom 7 janv. 1891, *Pernin*, D. 1892.2.241.

d'une stipulation contraire de l'acte de donation.» L'interdiction du choix semble ne viser que les cohéritiers créanciers du rapport. Ne doit-on pas décider *a contrario* que l'héritier gratifié peut substituer le rapport en nature au rapport en valeur, s'il lui convient?

Mais les juristes les plus sensibles à cette argumentation reconnaissent que le texte n'est pas clair et qu'il serait aventuré de fonder l'admission du choix du donataire sur cette seule base[1]. La doctrine s'accorde à ne voir dans le libellé en question qu'un remaniement maladroit de l'ancienne rédaction de l'article 859, qui disposait: « Il (le rapport) peut être exigé en nature...». Le législateur, pour généraliser le rapport en valeur, s'est borné à adjoindre une négation à la rédaction primitive, sans se rendre compte que la formule suggère une interprétation qui ne cadre pas avec sa volonté d'étendre le champ du rapport en moins prenant[2].

La substitution par le gratifié d'un mode de rapport à l'autre serait la violation de son obligation, qui est définitivement fixée dans ses éléments, et particulièrement dans on objet, par la dernière manifestation de la volonté du *de cujus*[3]. Car cette obligation n'est pas alternative.

On concevrait d'ailleurs mal qu'elle le soit. Car la jurisprudence contemporaine semble bien avoir dégagé un système d'ensemble selon lequel, à défaut de dérogation légale ou conventionnelle précise, lorsque deux formes de restitution ne s'équivalent pas, la liberté de choix entre elles ne peut être laissée au débiteur, et inversement, lorsqu'il y a option, il y a équivalence des deux branches[4]. Cette position est illustrée par les arrêts relatifs au calcul de la récompene prévue par l'article 866 du Code Civil, qui ouvre une option au gratifié entre réduction en nature et réduction en valeur[5], par les arrêts relatifs au calcul du complément de la part du copartageant lésé, prévu par les articles 891 et 1078 du Code Civil[6], qui ouvrent une alternative au bénéficiaire de la lésion entre l'annulation du partage et la fourniture d'une soulte[7], et par le

---

412[1]. Trib. Civ. Lorient 4 janv. 1955, *Le Nézet*, J.C.P. 1955.2.8495, obs. J.-Ch. Laurent, G.P. 1955.1.247, R.G.N. 1955, art. 27357, note Depierrois.

412[2]. Voirin, *Commentaire du décret-loi du 17 juin* 1938..., Lois Nouvelles 1938. 1.317-344, n° 30; Marty, *Les réformes récentes du droit successoral...*, J.C.P. 1941. 1.182, n° 25; Planiol et Ripert, t. 4, par Maury et Vialleton, n° 608; Catala, th. cit. 407[3], n° 120.

Rennes 19 oct. 1955, *Le Nézet*, D. 1955.J.801. J.C.P. 1956.2.9457, obs. Voirin.

412[3]. Laurent, t. XI, n° 26.

412[4]. Catala, *La jurisprudence, gardienne de l'égalité successorale*, D. 1962. Chr. pp. 102-103.

412[5]. *V. supra* n° 207.

412[6]. Rappr. art. 1079 C.civ.

412[7]. *V. supra* n° 246.

seul arrêt relatif aux choix du rapport[8]. Or les deux branches de l'option seraient inégales: d'un côté, le rapport en moins prenant de la valeur du bien à la date de la libéralité, mettant les risques et les plus ou moins values à la charge des cohéritiers, de l'autre, le rapport en nature produisant des résultats inverses. Le gratifié se placerait toujours dans la situation la plus avantageuse. Il pourrait arriver que les deux branches de l'option, que prétend exercer le gratifié, soient égales: lorsque le rapport en moins prenant porte, en vertu d'une clause de l'acte, sur la valeur du bien à la date du partage. Mais alors l'absence d'alternative, que nous avons relevée abstraction faite des résultats, suffit à écarter toute possibilité de choix.

On peut ajouter que l'admission d'une option sans qu'intervienne de stipulation en ce sens aurait des conséquences fâcheuses pour les tiers; ils seraient dans l'incertitude quant au sort des droits réels que le gratifié leur a consentis sur le bien, Certes, en droit, la situation est la même que si l'alternative avait été stipulée. Mais en fait les tiers ne bénéficieraient pas de la protection que leur assure la publicité foncière obligatoire de l'alternative conventionnelle[9]. Et de toute façon la possibilité d'opter ruinerait le crédit du donataire, alors que les réformes de 1938 ont eu pour but de le renforcer.

Au demeurant, les hypothèses dans lesquelles le gratifié aurait intérêt à choisir le rapport en nature sont assez rares. La conservation du bien, qui découle du rapport en valeur, est presque toujours avantageuse. Sauf lorsqu'il est fixé à un forfait surestimé ou à la valeur du bien à la date du partage, le montant du rapport en moins prenant est pratiquement toujours inférieur à la valeur du bien que le gratifié rapporterait en nature à la succession, en période de dépréciation monétaire. Il faudrait supposer un bien qui se déprécie. Le seul cas pratique est

---

412[8]. Rennes 19 oct. 1955, *Le Nézet*, précité 412[2], refusant au donataire l'option entre le rapport forfaitaire stipulé (dont le montant se révélait supérieur à la valeur du bien lors du partage) et le rapport en nature.

Le problème de l'équivalence des branches d'une option légale relative à l'objet du rapport avait déjà été abordé en doctrine après la loi du 7 fév. 1938. Il s'agissait de savoir si dans le cas de l'option ouverte par l'art. 859 ancien C.civ. entre rapport en nature et rapport en moins prenant, il fallait admettre que le gratifié rapporte la valeur du bien à la date de la libéralité et non à celle du partage. (Pour l'admission: Desbois, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938, D.P. 1938.4.356: Voirin, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938..., Lois nouvelles 1938.1.29-41, n° 16, en déplorant la solution imposée par la loi; *Contra*: Deyzac, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938..., Recueil Général des Lois 1938.1.281, n° 7).

412[9]. Sauf pour les immeubles situés en Alsace-Lorraine, où l'art. 38 *i* de la loi du 1er juin 1924 impose la publicité de tout droit au rapport en nature, même légal.

celui des meubles[10], et c'est précisément pour éviter que les cohéritiers ne pâtissent de cette dépréciation que le Code Civil a prescrit leur rapport en moins prenant, selon leur valeur à la date de la libéralité. Et l'article 868 est particulièrement net: « Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant »; à la différence de l'article 859, il exclut la possibilité d'une option légale.

La Commission de Réforme du Code Civil préconise l'institution de l'option légale entre rapport en moins prenant et rapport en nature[11]. Mais elle fixe le montant du rapport en moins prenant légal à la valeur du bien à la date du partage, et, semble-t-il, elle exclut l'option dans tous les autres cas. Elle interdit également l'option lorsque le bien donné est grevé de droits réels. La Commission trouve à l'option l'intérêt de permettre à l'héritier de se soustraire à un rapport en espèces dépassant ses facultés et de se débarrasser d'un bien qu'il ne réussit pas à mettre en valeur.

413. — Il existe une dérogation à l'impossibilité pour le débiteur du rapport de choisir l'objet de son obligation. C'est elle qui résulte de son pouvoir d'aliéner le bien que la libéralité l'astreint à rapporter en nature. Le donataire substitue ainsi le rapport en valeur au rapport en nature, par sa seule initiative. Il change l'objet de son obligation.

Avant les réformes de 1938, ce changement d'objet était masqué par la structure légale du rapport en moins prenant, qui remplaçait le rapport en nature. La valeur rapportable était celle du bien à l'époque de l'ouverture de la succession (art. 860 ancien C.civ.). Elle coïncidait, à peu près, avec celle qu'aurait eu le bien s'il était resté l'objet de l'obligation; de sorte que les résultats des deux modes de rapport, mise à part la restitution matérielle du bien, étaient à peu près identiques. Ainsi, en cas de perte du bien entre les mains du tiers acquéreur avant l'ouverture, le donataire était libéré de sa dette (bien qu'il fût en possession du prix de vente); car la valeur au décès tombait à néant; les choses se passaient comme si le bien avait péri entre les mains du donataire, qui eût été dégagé par le jeu de l'article 855 du Code Civil. De façon plus générale, les cohéritiers créanciers du rapport subissaient les risques et les plus ou moins-values du bien, comme si c'était encore le bien lui-même qui faisait l'objet de l'obligation. La doctrine considérait donc à peu près

412[10]. M. Depierrois (...*Rapport en moins prenant... Perte ou détérioration par cas fortuit. Mode de rapport*..., R.G.N. 1951 art. 26996, nº 8), cite le cas des bâtiments détruits par un incendie. Cet auteur se fonde sur le fait que l'héritier rapportant en nature ne doit que les restes de la chose, sans être tenu d'y adjoindre l'indemnité d'assurances, alors que l'héritier rapportant en moins prenant doit toute la valeur prévue. La différence existe sans doute lorsque le rapport a été fixé à forfait ou à la valeur du bien à la date de la libéralité; mais à notre avis, elle n'existe pas dans le cas précis envisagé par cet auteur: celui du rapport fixé à la valeur du bien au partage (*supra* nº 402).

412[11]. Travaux de la Commission de réforme du Code Civil, années 1953-1955, pp. 274-275 et 290-291.

unanimement que c'était toujours le bien donné qui était dû[1]; aussi décidait-elle que si le bien aliéné rentrait dans la succession, pour une cause quelconque, le rapport devait s'effectuer en nature[2].

L'illusion sur le maintien de l'objet de l'obligation n'avait rien d'étonnant, car plutôt qu'une conséquence de la réglementation du rapport en valeur, elle en était la cause. Les rédacteurs du Code Civil avaient suivi POTHIER[3], qui déclarait que le bien reste *in obligatione* en cas d'aliénation par le donataire[4], car « il ne doit pas dépendre de lui de changer l'objet de son obligation ». Mais l'affirmation de POTHIER est discutable, car, ou bien l'aliénation est nulle et alors effectivement il ne dépend pas de l'héritier de changer l'objet de son obligation, puisque le bien, restant dans la succession, est rapporté en nature, ou bien l'aliénation est valable, et alors il a pu dépendre de l'héritier de changer l'objet de son obligation![5].

Depuis que la loi du 7 février 1938 a fixé le montant du rapport à la valeur du bien aliéné à la date de la donation[6], le changement de l'objet du rapport découlant de l'aliénation est pleinement apparent. « Rétroactivement, l'aliénation modifie l'objet du rapport. » Cette formule de

---

413[1]. *Contra*: isolément DE PAGE, t. IX, n° 1287.

413[2]. DEMOLOMBE, t. 16, n° 522; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Des Successions*, t. 3, 1905, n° 2875.

413[3]. POTHIER, *Successions*, Chap. IV, art. 2, § 7, 5°; et *Coutumes d'Orléans*, introduction au titre XVII, n° 92.

413[4]. Affirmation reprise, malgré les réformes de 1938, par AUBRY et RAU par ESMEIN, t. X, § 634, qui en déduit la persistance du régime admis antérieurement à 1938: estimation du bien à l'ouverture, risques pour les cohéritiers, maintien du rapport en nature en cas de retour du bien dans le patrimoine du donataire aliénateur.

413[5]. DE PAGE, t. IX, n° 1285.

Il existe un moyen d'échapper à ce dilemne: considérer le rapport en valeur comme des dommages-intérêts compensant le dommage causé par l'inexécution de l'obligation, faire de l'art. 860 ancien une application de l'art. 1147 C.civ.; ce n'est pas impossible, si l'on veut bien admettre que la loi peut imposer un certain particularisme dans la transposition du principe. Mais alors ce n'est plus seulement l'objet de l'obligation qui change; ce sont tous les éléments de celle-ci, sauf les parties. Cette conception est valable. Elle explique assez bien la position des auteurs antérieurs à 1938. Mais nous lui préférons la thèse énoncée au texte; elle est moins artificielle, et elle sauvegarde l'unité entre rapport en nature, rapport en valeur convenu, et rapport en valeur substitué au rapport en nature, qui constituent les trois objets d'une obligation de même nature.

413[6]. La plupart des auteurs préfèrent ne pas citer la loi du 7 fév. 1938, qui a été effacée du Code par le décret-loi du 17 juin 1938. Ils fondent alors l'estimation à la date de la donation en relevant que la volonté du disposant, qui a stipulé le rapport en nature, se heurte à une impossibilité légale, et que par conséquent, à défaut de stipulation exécutable, on retombe dans le domaine d'application du rapport légal, lequel se calcule selon la valeur du bien lors de la donation. Cf. PLANIOL et RIPERT, t. 4 par MAURY et VIALLETON, n° 613; RIPERT et BOULANGER, t. 4, n° 2928; DEPIERROIS,... *Rapport en nature. Aliénation par le donataire. Mode et montant du rapport.* R.G.N. 1951, art. 26996, n° 16.

Mais la loi de 1938 est-elle abrogée? On admet que les aliénations sont respectées en vertu de ce texte. Alors pourquoi ne pas admettre que l'évaluation du rapport se fait aussi par application de ses prescriptions?

M. Desbois[7] rend parfaitement compte de la situation. En effet la loi prévoit le changement d'objet, sous la condition de l'aliénation[8]; et elle tient compte, logiquement, de la rétroactivité de la condition accomplie: les risques et les plus ou moins-values de la chose sont pour le donataire, car il n'a jamais été débiteur d'un corps certain, mais d'une chose de genre.

Désormais la substitution d'objet est sensible et elle est indiscutable. On doit en tirer la conséquence que, si le bien aliéné vient à rentrer dans le patrimoine du donataire, l'obligation au rapport en nature ne renaît point. Car un événement postérieur ne peut pas effacer l'accomplissement de la condition. Il faut toutefois réserver le cas où le donataire redevient propriétaire *ex causa antiqua*, par l'effet de l'annulation ou de la résolution de la cession, dont le propre est de faire disparaître rétroactivement l'aliénation, si bien que la situation est la même que si le donataire avait toujours conservé la propriété[9].

La technique juridique employée pour rendre compte du changement unilatéral de l'objet de l'obligation de l'héritier gratifié tend à atténuer le caractère choquant de cette opération. Elle s'analyse en effet de la façon suivante: l'obligation portant sur la chose est soumise à la condition résolutoire de l'aliénation; il existe parallèlement à cette obligation réelle une obligation de somme d'argent sous condition suspensive du même événement. La condition est simplement potestative de la part du débiteur, donc valable. Mais il convient de ne pas perdre de vue que cette « condition » n'est pas l'œuvre de la volonté du disposant, mais seulement celle de la loi; il s'agit d'une « cause » légale, arbitraire. La loi place entre les mains d'un débiteur le pouvoir de changer l'objet de son obligation.

L'anomalie est très grave, car il n'existe aucune équivalence véritable entre les deux objets de l'obligation. Le plus souvent le rapport en valeur, calculé selon l'estimation du bien à la date de la donation, se trouve fortement dévalué; de sorte qu'en aliénant, le débiteur diminue l'importance de sa dette. Sans doute est-ce moins grave que s'il se déliait de toute obligation; il y a simple transformation. Mais cela est déjà anormal. C'est une particularité de l'obligation de rapport. Ce n'est pas la seule: il en est d'autres qui se manifestent quant aux parties à l'obligation.

413[7]. Desbois, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938, D.P. 1938.4.355 *init.*

413[8]. Voirin, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938..., Lois Nouvelles 1938.1.29, n° 8 et 11-12.

413[9]. Voirin, art. précité 413[8], n° 12; Deyzac, *Commentaire de la loi du 7 fév.* 1938..., Recueil Général des Lois 1938.1.281, n° 16. Contre la distinction entre retour *ex causa nova* et *ex causa antiqua*: Desbois, art. précité 413[7], p. 355-III.

Section II

LES PARTIES A L'OBLIGATION

414. — Quels sont le débiteur et le créancier de l'obligation de rapport? En ce qui concerne le débiteur, il est assez aisé de répondre à la question. Mais en ce qui concerne le créancier, on éprouve davantage de difficultés.

§ 1. — Le débiteur.

415. — Le débiteur de l'obligation est évidemment le successible gratifié. Mais les obligations sont susceptibles d'être transmises: qu'en est-il en matière de rapport? Le rapport se conforme-t-il au régime normal des obligations? La réponse n'est pas évidente.

A. — Le gratifié :

416. — C'est le successible gratifié qui est le débiteur de l'obligation de rapport qui naît de la libéralité. C'est lui qui lors de l'ouverture de la succession restituera à la masse le bien qu'il a reçu, et c'est son lot dans le partage qui sera diminué par le système du moins prenant. Son obligation est soumise à une éventualité, dont l'élément principal est sa venue à la succession du disposant[1].

417. — Il faut, pour que le gratifié soit tenu d'exécuter le rapport, qu'il se présente à la succession en qualité d'héritier *ab intestat*. S'il succède en vertu d'un autre titre: donation universelle ou legs universel, bien qu'il ait été héritier présomptif il est dégagé du rapport (art. 857 C.civ.). Mais, s'il est héritier, il est tenu, que sa parenté avec le défunt soit directe ou collatérale, et qu'il ait été successible lors de la confection de la libéralité ou non (art. 846 C.civ.).

L'héritier qui n'accepte la succession que sous bénéfice d'inventaire doit le rapport comme l'héritier qui accepte purement et simplement (art. 843 C.civ.). Car l'acceptation bénéficaire est une véritable acceptation; elle ne constitue une garantie que contre les créanciers du défunt. Dès lors, les héritiers du successible gratifié décédé sans avoir pris parti, auxquels l'acceptation bénéficiaire est imposée lorsqu'ils sont en désaccord sur le parti à prendre (art. 782 C.civ.), sont tous tenus au rapport, même ceux qui n'ont pas voulu accepter la succession du disposant. Car l'héritier défunt est censé avoir accepté sous bénéfice, et son obligation s'est transmise à ses héritiers[1].

416[1]. *V. infra* n° 434.

417[1]. Planiol et Ripert, t. 4, par Maury et Vialleton, n° 572.

418. — Si le gratifié ne devient pas héritier du disposant, il ne doit pas le rapport.

On peut admettre sans réticence cette extinction de l'obligation, lorsqu'elle est causée par l'indignité du successible. Elle est étrangère à la volonté du gratifié, et n'est nullement le résultat d'une manœuvre de celui-ci pour conserver le bien tout en échappant à l'obligation. D'ailleurs, en fait, la libéralité sera souvent révoquée pour cause d'ingratitude (art. 955 et 1046 C.civ.).

Par contre, en cas de renonciation (art. 845 C.civ.), l'extinction de l'obligation de rapport est l'œuvre de la volonté du gratifié. Le débiteur se libère unilatéralement de son obligation! Comment l'admettre?

Une réaction contre cet état de choses contraire aux règles du droit des obligations s'est manifestée dans deux directions.

Au XIXe siècle, certains arrêts décidèrent le maintien de l'obligation en cas de renonciation[1]. Afin de ne pas vider l'article 845 du Code Civil de tout sens, ils réservaient toutefois les cas dans lesquels le disposant avait, au moins tacitement, admis que le gratifié pût se délivrer de son obligation de rapport. Mais lorsque l'intention du *de cujus* était nettement que la libéralité restât un avancement d'hoirie, ils refusaient de dégager le renonçant de son obligation. Tel était le cas lorsque le disposant avait consenti des préciputs, imputables sur la quotité disponible; car par le fait de la renonciation la libéralité au renonçant vient s'imputer sur la quotité disponible, au détriment des préciputs postérieurs, dont elle épuise le seul domaine d'imputation, et qu'elle rend ainsi réductibles[2] alors que le *de nujus* avait prévu leur pleine exécution. Mais cette théorie n'a pas été suivie. Même si l'obligation au rapport est nette et expresse, le gratifié peut s'en affranchir. Car l'intention expresse ne saurait avoir plus de force que l'intention présumée; et l'article 845 du Code Civil ne fait aucune distinction[3].

Pour certains auteurs, s'il est incontestable que le gratifié peut se libérer en renonçant, il est douteux qu'il puisse dans ce cas conserver la libéralité[4]. L'interprétation traditionnelle de l'article 845 ferait erreur[5]. Car l'avancement d'hoirie, étant une avance sur les droits successoraux du gratifié, devrait être restitué si ceux-ci tombent à néant par l'effet de la répudiation de l'hérédité. On comprendrait alors la disparition de

---

418[1]. Grenoble 30 juin 1826, *Bois*, S. Chronol.; Limoges 14 déc. 1831, *Rabier*, S. 1832.2.193.

418[2]. Conformément au système d'imputation en cas de renonciation pratiqué actuellement (depuis l'arrêt *Lavialle* de 1863) et pratiqué à l'époque où sont intervenus les arrêts précités (avant les arrêts *Mourgue* et *Castille* de 1829 et 1834). *V.* l'exposé de ce système *supra* n° 42.

418[3]. AUBRY et RAU par ESMEIN, t. X, § 629, p. 271 texte et note 9.

418[4]. Lorsque le rapport s'effectue en nature, cette théorie aboutit au même résultat que la précédente: la libéralité disparaît. Mais en cas de rapport en valeur, l'effet est nettement plus énergique.

418[5]. MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, t. 4, 1963, n° 1651 et 1704.

l'obligation, puisque la libéralité qui en est la cause n'existerait plus. Mais cette thèse va à l'encontre des termes mêmes de l'article 845: « L'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre vifs ou réclamer le legs... »; et elle néglige l'aspect « libéralité » de l'avancement d'hoirie, qui prime l'obligation au rapport, dont il est le support[6].

A la vérité, le problème de l'admissibilité de la libération unilatérale du gratifié, est, nous semble-t-il, un faux problème. Car il ne s'agit pas d'une libération. En effet, lorsqu'intervient la renonciation du « débiteur », il n'existe pas encore d'obligation au sens plein du terme. Elle n'est pas née, car jusqu'à la venue du gratifié à la succession avec des cohéritiers, elle est éventuelle, donc incomplète. Si le gratifié n'accepte pas l'hérédité, l'éventualité ne se réalise pas et il n'est pas obligé.

Evidemment, le fait que la réalisation de l'éventualité dépende de la volonté de celui qui sera le débiteur a quelque chose de choquant. Mais n'en va-t-il pas de même en ce qui concerne les conditions simplement potestatives? Celles-ci sont admises; et, quant au fond (mais non quant à la technique), l'éventualité à laquelle est soumise le rapport en est fort proche.

Cette obligation — éventuelle jusqu'à l'acceptation de la succession, certaine ensuite —, le gratifié peut-il la céder? En demeure-t-il nécessairement le seul débiteur ou existe-t-il des débiteurs de l'obligation qui sont les ayants-cause?

B. — Les ayants-cause du gratifié :

419. — On conçoit la transmission de l'obligation de rapport. Car cette obligation a une existence, même avant l'ouverture de la succession. Certes elle est éventuelle, donc incomplète. Mais les droits sous condition suspensive ont une consistance semblable avant que la condition ne se soit réalisée; or on admet leur cession *pendente conditione*[1]. Quant à la transmission postérieure à l'acceptation de la succession, elle ne pose pas, *a priori*, de problème spécial, car à cette époque l'obligation est devenue une obligation véritable.

On sait que la cession des dettes est plus ou moins facile, selon qu'elle se fait à titre particulier ou à titre universel. Cette distinction peut être appliquée en notre matière.

418[6]. Labbé, *Du don en avancement d'hoirie, et de son imputation en cas d'acceptation de l'hérédité par le donataire*, Rev. Prat. de Droit Français, t. 11, 1861, pp. 209-234, n° 29-32.

419[1]. Cf. Houin, *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de l'association H. Capitant, t. 3, 1948, p. 250.

420. — La cession de dette à titre particulier ne peut être opérée en droit français que par le moyen de procédés indirects: délégation, stipulation pour autrui, novation; les effets de la cession sont incomplets si le créancier n'y donne pas son accord.

La cession de l'obligation de rapport en nature suppose nécessairement que le bien, qui en constitue l'objet, soit cédé en même temps. La cession de dette accessoire à une cession de bien est d'ailleurs chose courante[1].

Après l'ouverture de la succession, la transmission n'est plus possible. Car l'obligation de restitution est exécutée automatiquement dès cet instant; il ne subsiste plus qu'une obligation de délivrance. La cession de l'obligation n'a plus d'objet; et l'aliénation du bien n'est plus possible, car le donataire n'en est plus propriétaire.

Avant l'ouverture, par contre, l'obligation éventuelle existe et le bien est la propriété du donataire. La cession est donc concevable. On peut même estimer qu'elle bénéficie de l'accord du donateur, lorsqu'il est stipulé dans la donation qu'en cas d'aliénation le rapport continuerait à se faire en nature; toutefois, le plus souvent ce genre de stipulation se présente comme une condition résolutoire expresse, et il n'y a plus de véritable rapport, ni de véritable obligation. Sans l'accord du donateur, la cession est aussi techniquement possible: c'est une stipulation pour autrui. Mais il serait vain d'approfondir ces solutions, car l'opération s'analyse en un pacte sur succession future, comme toute convention ayant le rapport pour objet.

La cession de l'obligation de rapport en valeur succombe aussi sous l'accusation de pacte sur succession future, quand elle est opérée avant l'ouverture de la succession. De plus, elle rencontre un obstacle technique. Le cessionnaire ne peut pas s'acquitter de l'obligation en moins prenant, car ce procédé exige que le débiteur soit en indivision avec les créanciers: ni l'imputation, ni le prélèvement par ceux-ci ne sont possibles; or nous verrons qu'il ne dépend pas du débiteur de l'obligation de rapport de substituer le simple payement d'une soulte à l'exécution en moins prenant[2]. Cet obstacle tombe si le cessionnaire est entièrement substitué au gratifié dans ses relations avec les cohéritiers, c'est-à-dire dans le cas de la cession de droits successifs. Cette cession, impossible avant le décès, comme pacte sur succession future, est fort praticable après l'ouverture de la succession. Elle ne suscite de réticence ni en jurisprudence, ni en doctrine[3]. Mais on peut se demander s'il s'agit bien encore d'une cession de dette, ou s'il s'agit simplement de la cession d'un solde entre actif et passif dans les droits successifs[4].

420[1]. Cf. art. 1743 C.civ. à propos du bail de l'immeuble cédé; art. 1⁹ al. 3 Loi du 13 juillet 1930 à propos de l'assurance de l'immeuble cédé; art. 23 livre I C. du Travail à propos des contrats de travail en cas de cession d'un fonds de commerce.

420[2]. *Infra* n° 448.

420[3]. Req. 30 juill. 1900, *Therme*, S. 1902.1.177, note WAHL.

420[4]. *V. infra* n° 440-442.

421. — La transmission à titre universel des dettes au décès du débiteur ne fait pas difficulté. Au contraire, l'obligation des héritiers aux dettes *ultra vires* doit faciliter le transfert de l'obligation de rapport aux héritiers du gratifié, même lorsque le patrimoine de celui-ci est insuffisant.

Après l'ouverture de la succession du disposant en avancement d'hoirie, l'obligation au rapport, qui existe pleinement si le gratifié a accepté cette succession, passe aux héritiers de celui-ci avec son patrimoine. C'est pourquoi les héritiers du gratifié, qui est censé accepter la succession du disposant par application de l'article 782 du Code Civil, sont tous tenus au rapport: ils sont les ayants-cause à titre universel du débiteur du rapport[1].

Mais lorsque le rapport doit s'effectuer en nature, la transmission n'est plus possible, faute d'objet; car le rapport en nature s'opère dès l'instant du décès, par le seul fait de la venue du gratifié à la succession. Le cas de l'article 782, ou de façon plus générale le cas où le gratifié décède avant d'avoir pris parti sur la succession, ne doit pas faire illusion; malgré le retard de l'acceptation de la succession, l'obligation au rapport en nature ne se transmet pas; l'acceptation donnée par les héritiers du gratifié rétroagit à la date du décès de celui-ci. La seule obligation qui soit transmise est celle de délivrance du bien, détenu par la succession du gratifié, qui n'en est plus propriétaire.

Par contre, le rapport en valeur, qui ne devient exigible que lors du partage, fait l'objet de la transmission successorale aux héritiers du gratifié.

La transmission semble se présenter de façon moins satisfaisante avant l'ouverture de la succession du donateur.

Le principe du droit français est qu'il n'y a pas de rapport pour autrui. Il aboutit à l'affirmation que les héritiers du donataire ne sont pas tenus du rapport de la libéralité faite à celui-ci, ce qui peut paraître choquant.

Mais cette situation peut s'expliquer par le jeu normal des règles des obligations, combinées avec celles de la naissance de l'obligation de rapport. Ainsi, le père qui recueille la succession de son fils gratifié par le grand-père ne doit pas le rapport (art. 847 C.civ.), bien qu'ayant hérité du donataire et sans doute profité de la donation. Mais cela se comprend; si le père vient à la succession du grand-père, c'est que le fils n'aurait jamais hérité de celui-ci, donc que l'obligation au rapport n'aurait jamais pu naître en sa personne: il est gratifié, mais pas héritier. Il en va de même dans le cas du fils venant de son chef à la succession de son grand-père qui a gratifié son père, dont il a recueilli la succession. Il ne doit pas le rapport, bien qu'étant l'ayant-cause universel du père,

---

421[1]. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 572; cpr. Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 629, p. 269.

héritier présomptif gratifié (art. 848 C.civ. 1re phrase). Mais cela n'a rien d'anormal; car, s'il vient de son chef, c'est que son père a été exclu de la succession et donc que l'obligation ne peut pas naître, faute de cumul des qualités d'héritier et de gratifié en la même personne[2]. En somme, l'interdiction du rapport pour autrui constitue l'application du principe que l'obligation ne naît pas si le gratifié ne vient pas à la succession.

Il est fait exception à cette interdiction logique dans les hypothèses où joue la représentation. Le représentant doit le rapport des libéralités faites au représenté (art. 848 C.civ., 2e phrase)[3]. Il semble donc y avoir transmission de l'obligation éventuelle du représenté au représentant. On peut être tenté de l'expliquer lorsque le représentant a recueilli la succession du représenté, en affirmant que par le jeu de la représentation c'est le représenté qui est censé succéder (art. 739 C.civ.) et que par conséquent l'obligation au rapport naît normalement, et qu'elle est logiquement supportée par les héritiers de son débiteur[4]. Ce serait une erreur, car c'est le représentant seul qui succède, en vertu d'un droit personnel. L'une des preuves en est que la représentation joue même lorsque le représentant a renoncé à la succession du représenté et n'est pas son ayant-cause (art. 744 al. 2 C.civ.). Cette circonstance apporte d'ailleurs un argument supplémentaire à la réfutation de la proposition d'explication critiquée; car, si le représentant a répudié la succession du représenté, il ne saurait y avoir transmission de l'obligation de rapport de celui-ci, la représentation ne transmettant pas à elle seule les obligations du représenté; or l'article 848 *in fine* astreint cependant le représentant au rapport dans ce cas[5]! La règle légale est donc inexplicable... La doctrine y voit une inadvertance du législateur[6] ou une survivance historique. L'obligation de rapport présente sur ce point un net particularisme; et ce particularisme est choquant, car il ne s'exprime pas dans la structure même de l'obligation, mais dans une règle isolée; qui plus

---

421[2]. Colin-Capitant, t. 3; 9e éd., par Julliot de la Morandière, 1945, n° 1214.

421[3]. En cas de désaccord entre les représentants sur le parti à prendre quant à la succession du disposant, on admet que ceux qui acceptent l'hérédité doivent seuls l'intégralité du rapport, par application de la théorie de l'accroissement. Cf. Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 629 p. 269; Colin-Capitant, *op. et loc. praecit.* 421[2]; Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 575. Et cf. Pau 9 fév. 1885, *Belou*, D. 1886.2.241, note Poncet; *contra ;* Civ. 15 juin 1870 ,*Férouelle*, S. 1870.1.329, et note critique Labbé.

421[4]. *V.* Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 631 p. 279; Civ. 15 juin 1870, précité note 3.

421[5]. *V.* une application dans Civ. 7 janv. 1955, *De Kérizouet*, Bull. Cass. Civ. 1955.1.3, J.N. 1956 art. 45081, note Raison. La Cour de Cassation admet que la tutrice d'une mineure engage celle-ci à exécuter dans la donation-partage faite par son grand-père, le rapport de l'avancement d'hoirie adressé à son père, qu'elle représente, sans se faire autoriser par le Conseil de Famille. Car cet acte ne suppose pas l'acceptation de la succession, puisque l'obligation de rapport pesait de toute façon sur la petite-fille.

421[6]. Beudant-Le balle. t. V bis, n° 830, p. 538; Colin-Capitant, *loc. praecit.* 421[2]; De Page, t. IX, n° 1188.

est, cette règle va, dans l'une de ses applications, à l'encontre du but de l'institution du rapport, qui est d'assurer l'égalité entre les héritiers: lorsque le représentant renonce à la succession du gratifié et ne tire aucun profit de la libéralité.

En ce qui concerne le créancier de l'obligation, les règles du rapport sont plus rationnelles.

§ 2. — Le créancier.

422. — Quel est le créancier de l'obligation de rapport? La question est complexe; car l'obligation, étant éventuelle, passe par deux phases, l'une antérieure à la réalisation de l'éventualité, l'autre postérieure. Or ces deux phases sont séparées par le décès de celui du patrimoine duquel la libéralité est issue et auquel elle devra être « rapportée ». Il pourrait donc exister deux créanciers successifs. Il convient de préciser la situation et d'examiner le mécanisme par lequel la créance se trouve au moment de la liquidation entre les mains des cohéritiers de l'héritier gratifié.

A. — Détermination du créancier :

423. — L'obligation de rapport est issue de la volonté du disposant C'est celui-ci qui la stipule dans son testament, et c'est lui qui est le cocontractant du débiteur dans l'avancement d'hoirie entre vifs. De plus, l'objet de la stipulation est le retour du bien à la masse de sa succession. Peut-on donc considérer le disposant comme le créancier initial de l'obligation?

Cette possibilité est évidemment exclue en cas d'avancement d'hoirie testamentaire, puisque l'obligation n'apparaît que lorsque le disposant a cessé d'être un sujet de droit. Mais en cas d'avancement d'hoirie entre vifs, cette analyse ne peut pas être rejetée. Le disposant aurait contracté pour lui-même, ce qui est la situation ordinaire.

Pour qui ne perd pas de vue que l'obligation est éventuelle jusqu'au décès, l'analyse s'adapte sans trop de mal au régime du rapport. Le caractère d'éventualité explique que cette obligation ne se manifeste pas du vivant du disposant. L'obligation est encore en formation; *a fortiori* n'est-elle pas exigible; c'est ainsi qu'on peut justifier qu'il ne s'établit aucune compensation entre la dette du gratifié et une dette en sens inverse du disposant envers le gratifié[1]; ou encore justifier que

---

423[1]. Cf. *infra* n° 439. Si le disposant veut s'acquitter de son obligation, il doit faire, au lieu d'un avancement d'hoirie, une dation en payement.

les créanciers et légataires ne bénéficient pas du rapport[2]. Mais l'éventualité ne constitue que l'un des aspects — le plus apparent — du particularisme nécessaire de l'obligation; celui-ci découle du but de l'institution: assurer l'égalité entre les héritiers; aussi l'obligation ne devient-elle réelle que lorsque les circonstances sont telles qu'elle soit utile, conformément à sa fonction: c'est pourquoi elle est soumise à une éventualité. Une autre conséquence de sa fonction est qu'il faut qu'elle figure dans la succession *ab intestat* du disposant. La créance est donc nécessairement incessible[3].

Evidemment on peut hésiter à faire appel à l'intervention d'un particularisme aussi poussé de l'obligation pour rendre compte de la situation. Mais il s'agit d'un système logique, qui ne doit céder que devant une analyse plus simple et tout aussi efficace. Au stade antérieur à l'ouverture de la succession les éléments du problème ne sont pas suffisamment apparents pour décider. Le rapport ne se manifeste clairement qu'après l'ouverture.

424. — Après l'ouverture de la succession du disposant, il apparaît nettement que les créanciers de l'obligation sont les héritiers de celui-ci. Ce sont eux qui bénéficient de l'exécution du rapport. Et finalement ce sont eux seuls qui jouissent des prérogatives du créancier.

Le droit des cohéritiers se présente plutôt comme leur droit personnel que comme le droit de *la succession*. Certes le rapport se fait à la succession. Mais ce terme évoque non seulement la cohérie, mais aussi la masse successorale, le patrimoine du défunt; cette masse peut avoir une vie indépendante de celle du patrimoine des cohéritiers, en cas d'acceptation bénéficiaire ou de séparation des patrimoines. Elle se trouve alors affectée au payement des créanciers successoraux. Or ceux-ci ne peuvent pas profiter du rapport: le rapport ne fait donc pas partie de la masse, à ce point de vue.

La situation est ambiguë. D'une part, le droit au rapport ne figure pas dans la masse successorale de la même façon qu'une créance ordinaire, et le *de cujus* n'a jamais pu faire véritablement usage de la qualité de créancier qu'on peut lui supposer; le droit au rapport semble naître en la personne des héritiers. Mais d'autre part, ceux-ci ne l'obtiennent qu'avec la succession, en même temps que les autres biens du défunt, comme une créance dont le disposant eût été titulaire.

423[2]. *Supra* n° 394.

423[3]. Si l'on analyse la stipulation de rapport à la succession d'autrui *(v. supra* n° 315) en une délégation par le créancier du rapport au profit du tiers dont il se veut débiteur (en ce sens: AUBRY et RAU par ESMEIN, t. X, § 631 p. 279), l'impossibilité de céder la créance (au sens large du terme *cession*) interdit cette opération. Elle renforce donc la nullité qui l'atteint déjà comme pacte sur succession future.

En effet seuls bénéficient du rapport les héritiers du donateur, en vertu de leur qualité d'héritier, et non en vertu d'un droit attaché à leur propre tête par la stipulation originaire. Ceux dont le disposant prévoyait qu'ils partageraient la successsion avec le gratifié sont exclus du bénéfice de la créance s'ils renoncent, s'ils sont indignes, ou s'ils sont exhérédés.

Quant à ses autres aspects, la situation des cohéritiers créanciers ne présente pas d'originalité. Le droit d'exiger le rapport compète individuellement à chacun des héritiers[1]. Il ne s'agit pas d'un droit exclusivement attaché à la personne de son titulaire, de sorte que les créanciers personnels des cohéritiers peuvent l'exercer par l'action oblique (art. 1166 C.civ.). Le droit au rapport fait en effet partie du droit héréditaire de son bénéficiaire; or ce droit n'est pas exclusivement personnel, ainsi que l'atteste l'article 788 du Code Civil, qui permet aux créanciers de faire tomber la renonciation de l'héritier présomptif. Cet article peut d'ailleurs s'appliquer directement en notre matière: les créanciers des bénéficiaires présomptifs du rapport peuvent faire révoquer la renonciation de ceux-ci à la succession du disposant. Si les héritiers acceptent purement et simplement cette succession, les créanciers héréditaires deviennent créanciers personnels des cohéritiers et peuvent, en tant que tels, demander le rapport; la prohibition de l'article 857 du Code Civil est tournée.

Il n'existe pas de problème quant aux effets de la qualité de créancier des cohéritiers. Mais il peut y avoir difficulté quant à l'exécution de l'obligation. En effet, en cas de rapport en moins prenant, du moins, la technique de règlement exige que le créancier participe au partage; cela lui interdit de céder sa créance après le décès. D'autre part, si le rapport doit avoir lieu en nature, la créance s'éteint dès le décès; la cession ne pourrait porter que sur une quote-part indivise du bien restitué à la succession, dont la propriété est sous la menace de l'effet déclaratif du partage.

Le problème essentiel est antérieur. Il s'agit de savoir en vertu de quel mécanisme juridique les cohéritiers deviennent créanciers du rapport.

B. — Mécanisme en vertu duquel les cohéritiers bénéficient du rapport :

425. — Le droit des cohéritiers naît de l'acte d'avancement d'hoirie. Or cet acte intervient entre le disposant et le gratifié seulement. Les cohéritiers y sont étrangers, semble-t-il. Quel est le lien qui les associe à cet acte ?

En matière d'avancement d'hoirie testamentaire, la réponse ne présente guère d'intérêt au stade où nous en sommes; elle n'éclaire pas davantage les rôles respectifs du *de cujus* et des cohéritiers, qui sont nets[1].

424[1]. Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 630, p. 273.

425[1]. Aussi n'examinerons-nous la question qu'ultérieurement: *infra* nº 465, 494.

Mais en matière d'avancement d'hoirie entre vifs, elle permet de définir la situation du disposant, de savoir enfin s'il est créancier ou non de l'obligation.

Les cohéritiers, bénéficiaires du rapport, n'ont jamais conclu de convention avec le gratifié débiteur. Ils ne sont pas parties au contrat d'avancement d'hoirie intervenu entre celui-ci et le seul *de cujus* Deux techniques sont possibles pour les faire bénéficier du contrat auquel ils ne sont pas parties. Si l'on part de l'hypothèse que le *de cujus* n'a jamais été titulaire de la créance de rapport — et il est impossible de rejeter cette hypothèse *a priori*, tant la nature du droit du disposant apparaît obscure —, les cohéritiers peuvent tenir leur droit d'une stipulation pour autrui intervenue entre donateur et donataire. Si par contre on part de l'hypothèse que le *de cujus* a été le titulaire initial de la créance, les cohéritiers tiennent leur droit de la transmission successorale intervenue entre le donateur et eux.

426. — *a*) L'avancement d'hoirie semble s'intégrer parfaitement dans le cadre de la stipulation pour autrui[1].

Le donateur, jouant le rôle *de stipulant*, stipule du successible gratifié, *promettant*, une prestation en faveur des cohéritiers, *tiers bénéficiaires*[2]. La présentation a pour objet une valeur ou un bien déterminé, selon que l'acte prescrit le rapport en moins prenant ou le rapport en nature[3].

L'analyse est satisfaisante. Elle rend compte de la situation du disposant, telle qu'elle apparaît. Il n'a aucun droit de créance. Le droit des bénéficiaires est direct; ce qui explique que les créanciers du défunt ne puissent pas profiter du rapport. De plus la théorie correspond assez bien à une certaine réalité psychologique : le disposant a parfois conscience, en faisant un avancement d'hoirie à l'un de ses héritiers, de gratifier du même coup ses autres héritiers[4]; or la stipulation pour autrui est l'instrument classique des libéralités indirectes.

L'organisation de la stipulation pour autrui permet de comprendre le système de désignation des créanciers du rapport.

426[1]. Cette analyse a été suggérée par M. le Doyen Voirin, obs. au J.C.P.N. 1946.2.3287-II *in fine* puis approfondie par M. Donnier, *Quelques incidences de la législation de* 1938 *sur le rapport des libéralités*, thèse Montpellier 1952, pp. 90-94.

426[2]. Parmi lesquels figure le promettant lui-même, en sa qualité d'héritier du disposant en avancement d'hoirie.

426[3]. *V.* un exemple d'application de la stipulation pour autrui au rapport en nature, dans la note anonyme au D. 1906.1.425, sous Req. 26 juin 1905 *Guyard*. Il s'agissait d'un cas où le rapport avait été stipulé au profit de légataires; une justification s'imposait de cette clause anormale (cf. *supra* n° 315).

426[4]. C'est ce que certains auteurs traduisent en déclarant que l'avancement d'hoirie est une donation à l'ensemble des héritiers. Cf. Savatier, obs. R.T.C. 1964. 772 et 1965.160.

Ce type d'acte n'implique pas que le bénéficiaire soit nommément désigné à la date où la stipulation intervient. Il suffit qu'il puisse être déterminé au moment où le contrat sort son effet. Or au décès du disposant on connaît ceux qui sont appelés à la succession, car la jacence d'hérédité n'existe pas en droit français; pour être exclu de la succession, il faut y renoncer.

D'autre part, pour qu'une stipulation pour autrui s'exécute, il faut que son bénéficaire l'accepte, sans formalités. Dans l'avancement d'hoirie les héritiers ne peuvent exercer leur droit au rapport que s'ils acceptent la succession, ne serait-ce qu'implicitement. De la sorte on comprend que seuls les héritiers acceptant bénéficient du rapport; acceptant la succession, ils acceptent du même coup la stipulation pour autrui que le *de cujus* a faite au profit de la catégorie de personnes dans laquelle ils entrent ainsi[5]. On comprend aussi que le rapport soit dû dès l'instant du décès, car l'acceptation de la succession rétroagit à cette date.

Avant l'acceptation du bénéficiaire, le stipulant peut toujours révoquer la stipulation pour autrui (art. 1121 C.civ.). Ainsi s'expliquerait la possibilité pour le donateur de dispenser l'héritier du rapport postérieurement à la donation, en stipulant que la libéralité est préciputaire (art. 919 al. 2 C.civ.). Par contre, on peut être tenté de voir dans la révocabilité de la stipulation pour autrui un obstacle à son adaptation à l'avancement d'hoirie; en effet, avant que les cohéritiers n'acceptent la succession, il se passe une période pendant laquelle le donateur ne peut plus révoquer la stipulation pour autrui, puisqu'il est décédé, alors même que la stipulation n'a pas encore été acceptée[6]; nul ne peut forcer les cohéritiers à comprimer cette période à moins de 3 mois et 40 jours, délai légal octroyé aux héritiers pour faire inventaire et prendre parti (art. 735 C.civ.). Mais cette objection repose sur une erreur. La stipulation pour autrui ne cesse pas d'être révocable, en droit, par le fait du décès du stipulant; les ayants-cause universels du stipulant peuvent la révoquer. Evidemment, en l'occurrence ces ayants-cause sont les cohéritiers créanciers du rapport: ils ne vont donc pas la révoquer; mais il s'agit là d'un simple état de fait, qui ne compromet pas l'analyse de droit[7]. Mais il existe des objections plus pertinentes.

426[5]. L'acceptation de la stipulation pour autrui et celle de la succession coïncident ainsi nécessairement. Cela expliquerait l'impossibilité pour les héritiers d'accepter le bénéfice du rapport avant l'ouverture de la succession, car, acceptant du même coup la succession, ils feraient un pacte sur succession future nul. Les cohéritiers ne peuvent pas non plus céder leur créance avant le décès car se cerait une acceptation implicite de la succession avant le décès.

426[6]. Donnier, th. précitée 426[1] p. 92.

426[7]. Il est donc inutile de faire appel, pour valider l'analyse, à l'exemple de l'assurance sur la vie, institution dont on rapproche toute stipulation pour autrui en cas de difficulté. Dans cette stipulation pour autrui bien connue, le droit de révocation est suspendu un certain temps après le décès du stipulant. Mais il s'agit d'une disposition très spéciale: le délai est déclenché par une mise en demeure extra-judiciaire du bénéficiaire... (art. 64 al. 3 L. 13 juill. 1930).

427. — L'obstacle décisif à l'analyse de l'avancement d'hoirie en stipulation pour autrui tient à la possibilité pour le gratifié de s'affranchir de son obligation en renonçant à la succession du disposant[1]. Or le promettant d'une stipulation pour autrui ne peut pas se libérer unilatéralement de l'obligation contractée. En cas d'avancement d'hoirie, cette libération peut même intervenir après que les cohéritiers, bénéficiaires de la stipulation, ont accepté celle-ci et sont devenus titulaires intangibles de la créance.

Pour rendre compte de cette situation, il faudrait supposer une stipulation sous condition suspensive que le promettant accepte la succession du stipulant; techniquement ce n'est pas impossible: il s'agirait d'une condition simplement potestative. Mais nous avons déjà noté que l'idée de condition s'adapte très mal à l'avancement d'hoirie[2]. On peut aussi songer à une stipulation soumise à l'éventualité de l'acceptation de la succession par l'héritier gratifié[3]. Mais on peut estimer que l'analyse se complique exagérément, car l'intervention de la stipulation pour autrui est déjà elle-même assez artificielle.

En effet, jamais les avancements d'hoirie ne parlent de rapport aux cohéritiers, mais toujours de rapport à la succession. Au surplus concoit-on aisément que le promettant s'engage vis-à-vis de lui-même? Or tel est le cas, puisqu'il est l'un des héritiers et bénéficie donc du rapport. Plutôt qu'une stipulation pour autrui, on peut voir dans l'avancement d'hoirie une stipulation du disposant pour soi-même et ses héritiers, dans les termes de l'article 1122 du Code Civil. Les héritiers bénéficieraient de la transmission successorale d'une créance comprise dans la succession.

428. — *b*) L'idée que la créance de rapport fait partie de la succession du disposant a le mérite de la simplicité et de la logique. Le *de cujus* stipule pour soi-même, ce qui constitue la stituation normale dans les contrats. Etant partie au contrat par lequel le gratifié s'engage, il n'y a aucune difficulté à ce que l'obligation naisse à son profit. La créance figure dans son patrimoine. Et c'est effectivement à sa succession que le rapport se fait. Les cohéritiers bénéficient du rapport en qualité d'héritiers: c'est l'effet normal de la dévolution successorale. Il n'y a plus rien d'extraordinaire à ce que le débiteur profite lui-même de sa dette.

Les particularités de l'obligation résultant de sa fonction[1], qui est d'assurer l'égalité entre les différents héritiers, gratifiés ou non, expliquent la structure de la créance.

427[1]. Donnier, th. précitée 426[1], p. 93.

427[2]. *Supra* n° 388.

427[3]. Cette éventualité n'est pas exactement la même que celle que l'on trouve d'ordinaire dans l'obligation au rapport. L'éventualité habituelle comprend, en outre, la venue à la succession d'autres héritiers que le gratifié; dans l'analyse en stipulation pour autrui, cet élément ne fait pas partie de l'éventualité, mais de la structure même de l'opération, qui exige l'acceptation des tiers bénéficiaires.

428[1]. Cf. *supra* n° 423-424.

L'obligation est sous la dépendance d'un événement futur coïncidant avec le décès du créancier, si bien qu'elle ne se manifeste qu'après l'ouverture de la succession: en fait, le donateur a stipulé pour sa succession. Un phénomène semblable existe en matière d'assurance sur la vie. Lorsque l'assuré n'a pas désigné de bénéficiaire déterminé, le capital assuré tombe sans sa succession; cet état de choses, précisé par l'article 66 de la loi du 13 juillet 1930, ne constitue, comme l'avancement d'hoirie qu'une application de l'article 1122 du Code Civil[2]. La différence entre les deux opérations est que dans l'assurance la créance est à terme, tandis que dans l'avancement d'hoirie elle est éventuelle. La créance de rapport ne devient complète que lorsque l'éventualité se réalise. Cela explique qu'elle ne fait pas partie du gage des créanciers du disposant, contrairement au capital assuré.

En outre, la fonction de l'obligation au rapport fait qu'elle doit obligatoirement figurer dans la succession *ab intestat* du disposant. Elle ne peut donc faire l'objet d'aucune cession entre vifs ou transmission testamentaire.

L'analyse ainsi proposée est la seule qui cadre avec la jurisprudence qui voit dans les conventions relatives au rapport des pactes sur succession future. Nous avons relevé que le fondement de ces arrêts réside dans le caractère successoral et éventuel de la créance de rapport[3]. L'obligation dégagée présente ces traits. Par contre l'analyse de l'avancement d'hoirie en une stipulation pour autrui s'oppose à la qualification de pacte sur succession future. Car le droit qui naît d'un tel acte au profit des héritiers est un droit direct contre le promettant; il ne saurait par conséquent être compris dans la succession et faire l'objet d'un pacte successoire[4].

Les éléments statiques de l'obligation de rapport, ses parties et son objet, étant dégagés, nous pouvons aborder la dynamique de l'obligation: son mécanisme.

428[2]. Cf. Picard et Besson, *Traité Général des Assurances Terrestres en Droit Français*, t. 4, 1945, n° 172.

Si, par contre, l'assuré avait stipulé *au profit de ses héritiers*, le bénéficiaire serait déterminé; il y aurait stipulation pour autrui (Picard et Besson, *op. cit.*, n° 178 et 181). Mais c'est à l'assurance sans bénéficiaire déterminé que doit être comparé l'avancement d'hoirie, puisque précisément il n'y a ni détermination des bénéficiaires du rapport, ni stipulation pour autrui.

V. par ailleurs une utilisation intéressante de la technique illustrée par l'art. 66 de la loi de 1930, dans Voirin, obs. au J.C.P. 1960.2.11875 - IV *in fine*. Il s'agit de la clause d'une donation-partage viciée par l'omission d'un enfant, aux termes de laquelle l'ascendant grève les enfants allotis d'une soulte payable à la succession, de sorte qu'il existe suffisamment de biens libres dans celle-ci pour éviter l'annulation de l'acte grâce à l'art. 1077 C.civ.

428[3]. *Supra* n° 355.

428[4]. Capitant, note au D. 1929.2.106, et *La prohibition des pactes sur successions non ouvertes*, Revue Critique 1933, pp. 86-115, n° 17. *Contra*: Gény, note au S. 1930. 2.97 § 2, pour lequel éviter la qualification à la stipulation pour autrui, c'est *faire de la stipulation pour autrui une sorte de « tarte à la crème » juridique...*

Section III

LE MÉCANISME DE L'OBLIGATION

429. — Il est possible d'avoir une vue complète du mécanisme de l'obligation de rapport, en examinant successivement l'apparition de l'obligation, son régime lorsqu'elle est définitivement formée, et son exécution.

§ 1. — Apparition de l'obligation.

430. — L'obligation au rapport, comme toute obligation ne peut se former valablement que s'il existe à sa base une cause. Il convient de rechercher quelle est la cause de l'engagement du débiteur du rapport, avant d'étudier le phénomène de la formation de l'obligation.

A. — Cause de l'obligation :

431. — La cause de l'obligation de l'héritier gratifié réside, de façon évidente, dans la libéralité qu'il reçoit. En acceptant la donation ou le legs, le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie prend l'engagement d'effectuer le rapport, en considération de l'avantage qui lui a été octroyé. Il se conforme à la volonté du disposant, selon laquelle la libéralité ne doit constituer qu'une avance, ne rompant pas l'égalité entre le gratifié et ses cohéritiers. L'obligation de rapport du gratifié envers la succession ne se conçoit pas sans qu'il y ait eu une transmission en sens inverse, du disposant au gratifié. Faute de cause, l'obligation ne se formerait pas. Si une donation a été faite, mais qu'avant le décès du donateur, elle se trouve anéantie par annulation, résolution, révocation, retour, l'obligation n'atteint jamais la maturité, mais elle disparaît complètement. De même, postérieurement à l'ouverture de la succession et à la naissance de l'obligation, si la donation ou le legs est touché par l'un de ces événements, l'obligation doit s'éteindre.

Le problème de la validité de la fixation du montant du rapport à un forfait supérieur à la valeur réelle du bien a fourni à d'éminents auteurs l'occasion de tenter d'illustrer l'application de la théorie de la cause à l'avancement d'hoirie[1]. En s'engageant à rapporter plus qu'il n'a reçu et plus qu'il ne faut pour assurer l'égalité, le gratifié ferait une erreur sur la cause de son obligation; dès lors son obligation manque de cause[2]

431[1]. *V. supra* n° 161.

431[2]. On sait en effet que la fausse cause et le manque de cause sont une même chose. *Le débiteur croit que son obligation a une cause, alors que cette cause n'existe pas. L'obligation sur une fausse cause est encore l'obligation sans cause, mais considérée à travers la psychologie du débiteur* (Carbonnier, *Droit Civil*, 2e éd., 1959, t. II, n° 109 p. 370).

dans la mesure de l'erreur et tombe à dûe concurrence. Mais nous avons relevé que la pertinence de ce raisonnement est douteuse, à raison de l'existence d'un aléa en cas de rapport forfaitaire; cependant, en soi, il est incontestablement exact.

432. — Il convient d'essayer de préciser davantage l'analyse. Est-ce la libéralité, l'obligation du disposant de « donner », ou est-ce la remise de la chose donnée entre les mains du gratifié, qui constitue la cause de l'obligation de l'héritier? La libéralité est-elle considérée seulement sous son aspect abstrait ou aussi sous son aspect concret?

Il paraît s'attacher un intérêt pratique à la réponse à ces questions. Elle déterminerait l'existence de l'obligation au rapport dans le cas de la dot en avancement d'hoirie non encore payée au décès. Si l'obligation naît « *re* », comme l'obligation de restituer dans le prêt ou dans le dépôt, le donataire n'est pas tenu au rapport.

A vrai dire, le problème ne se pose pas de façon aussi nette. D'une part, la formation de contrats « *re* » est aujourd'hui contestée. Nombre d'auteurs tiennent les contrats de restitution pour des contrats consensuels, qui n'ont pas besoin, pour être obligatoires, du revêtement matériel de la « *res* »[1]. Le contrat peut se former même en l'absence de délivrance de la chose. D'autre part, nous verrons plus loin que les conditions d'exigibilité de la dette de rapport sont telles qu'il n'est nul besoin de rechercher l'existence de l'obligation en cas de dot non payée[2]. Aussi une réponse directe à la question n'est-elle pas indispensable en pratique. Mais le débat peut être transporté sur un autre plan.

Les contrats qui naissent « *re* » sont des contrats unilatéraux. L'avancement d'hoirie testamentaire ne comporte pas d'accord de volonté, donc est un acte nécessairement unilatéral. Mais l'avancement d'hoirie entre vifs, qui est un contrat, est-il unilatéral? Il se produit incontestablement un croisement d'obligations entre donateur et donataire. Le donateur transfère le bien au donataire; le donataire s'oblige au rapport à la succession du donateur. Or le contrat synallagmatique se caractérise par la réciprocité des obligations qui en découlent. Mais le contrat synallagmatique parfait exige la corélation entre celles-ci; la cause de l'obligation de chacun des contractants est l'obligation de l'autre; faute de quoi, le contrat est unilatéral ou, si l'on veut user d'une expression propre à mettre l'accent sur le caractère double et juxtaposé des obligations, synallagmatique imparfait. Le problème fondamental est donc de savoir si la cause de l'obligation du donateur est l'obligation au rapport. La solution n'est pas évidente[3]. Elle dépend de l'analyse d'ensemble

---

432[1]. Cf. Ripert et Boulanger, t. 2, 1957, nº 69.

432[2]. *Infra* nº 439.

432[3]. M. Catala, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, éd. Paris 1954, nº 127, p. 175 note 2, se prononce, incidemment et sans exprimer le raisonnement sur lequel il se fonde, en faveur de la qualification de contrat synallagmatique imparfait, dans lequel l'obligation du donataire naît « *re* ».

de l'avancement d'hoirie. Ainsi nous abstiendrons-nous de décider avant d'avoir atteint ce stade final de la recherche.

Il suffit d'avoir relevé que la libéralité est la cause de l'obligation, pour comprendre la formation de celle-ci.

B. — Formation de l'obligation :

433. — L'origine de l'obligation réside dans l'acte libéral. Celui-ci pose les éléments de base de l'obligation, l'objet, les parties, et il contient, au moins virtuellement, la cause. De plus, il renferme le consentement des parties dans le cas du contrat d'avancement d'hoirie entre vifs, mais pas dans le cas du legs en avancement d'hoirie, acte unilatéral.

Dans ce dernier cas, l'origine de l'obligation se trouve coïncider avec sa naissance, puisque le testament ne produit aucun effet avant le décès et que l'obligation devient effective à cette date. Par contre, en cas de donation, un laps de temps sépare la prise d'effet du contrat et la naissance de la dette de rapport. En effet l'obligation ne peut être parfaite avant l'ouverture de la succession.

434. — L'obligation au rapport dépend d'un événement futur qui se situe exactement à la date du décès du disposant. Il sagit de la venue du gratifié à la succession de celui-ci, avec des cohéritiers. Cette exigence découle de la fonction du rapport, qui est de rétablir l'égalité dans la dévolution *ab intestat* du patrimoine du disposant. L'événement se réalise par l'acceptation de l'hérédité par le gratifié et d'autres héritiers. L'acceptation de la succession rétroagissant au jour de l'ouverture, c'est à cette date que l'obligation est parfaite, ou qu'elle se révèle inexistante.

Quelle est la nature de l'événement futur déterminant? Son accomplissement est incertain. Cela l'oppose au terme suspensif[1], dont l'arrivée est certaine.

Ce n'est pas non plus une condition suspensive[2]. Cette analyse est pourtant séduisante. Malgré le rôle capital de la volonté du débiteur dans l'accomplissement de l'événement — il suffit qu'il renonce à la succession pour que l'obligation ne naisse pas —, ce ne serait pas une condition potestative nulle; car la venue à la succession de cohéritiers, qui est exigée conjointement à l'acceptation du gratifié, ne dépend pas du débiteur; la condition est donc mixte[3].

434[1]. *Contra*: Batiffol, note au S. 1943.2.49, 2e point.

434[2]. *V.* une telle analyse dans la note anonyme au D. 1892.2.237, sous Riom 9 déc. 1890, *De Clerval*; et dans Galopin et Wille, *Les Successions*, n° 245, cité par De Page, t. IX, n° 1187, p. 887 note 3.

434[3]. De plus, même si l'acceptation de la succession par le gratifié suffisait, la condition ne serait pas nulle. Car l'option successorale est influencée par des circonstances extérieures à la volonté pure de l'héritier présomptif. Elle ne peut donc constituer qu'une condition simplement potestative, valable, la condition purement potestative étant seule interdite.

Mais, ainsi que nous l'avons déjà relevé à propos de l'analyse de l'événement en une condition résolutoire anéantissant la libéralité, l'idée de condition n'est guère compatible avec la structure unitaire de l'avancement d'hoirie[4]. La condition est un accident. Or on ne conçoit pas le rapport sans que le gratifié vienne à la succession du disposant avec des cohéritiers; ce fait ne saurait donc constituer une modalité ajoutée à l'obligation[5]. D'autre part, au point de vue technique, les effet de la condition accomplie rétroagissent. L'obligation est censée avoir existé dans sa plénitude dès l'acte originaire. Or tel n'est pas le cas en matière de rapport: notamment, les fruits et intérêts de l'objet de l'obligation sont dûs à compter de la date de l'ouverture et non de celle de la donation (art. 856 C.civ.).

Il s'agit en réalité d'une éventualité. Celle-ci se caractérise en effet précisément en ce qu'elle est un événement futur, dont dépend la plénitude d'un droit, et qui ne constitue ni un terme, ni une condition[6]. L'obligation de rapport est une obligation éventuelle[7].

435. — Ce n'est pas à dire que l'obligation n'ait rien de commun avec les autres droits dont la formation est soumise à un événement futur, et particulièrement avec le droit sous condition suspensive. De même que celui-ci, le droit éventuel ne devient parfait que si l'événement s'accomplit. Cet état de choses se marque dans les conséquences de la situation.

Avant la réalisation de l'éventualité, l'obligation n'existe pas pleinement. Mais il en existe certains éléments, de sorte que c'est plus qu'une expectative, qui est une absence de droit.

Ainsi la transmission du droit par le disposant est possible; mais, par ailleurs, cette possibilité est vide de sens par l'effet du particularisme de l'obligation, issu de sa fonction: seuls les héritiers ab intestat du disposant peuvent en profiter, par la dévolution successorale. Aucune compensation n'est possible entre la dette du donataire et la dette du donateur envers lui, car l'obligation n'est pas née et, partant, n'est pas exigible. On ne doit pas, non plus, tenir compte de l'obligation de rapport dans une donation-partage: l'obligation n'existe pas encore, la faire naître et l'exécuter serait un pacte sur succession future[1].

Par contre l'obligation peut faire l'objet d'une remise de dette: le disposant peut transformer l'avancement d'hoirie en préciput postérieurement à l'acte de donation. Cette transformation intervient dans les

---

4344. *Supra* nº 388.

4345. De Page, t. IX, nº 1187, p. 887 note 3.

4346. *Supra* nº 336.

4347. Catala, th. cit. 432[3], nº 127 p. 175; on trouve aussi le terme *éventuel* appliqué au rapport, chez Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 634, note 19 et p. 307.

4351. *V. supra* nº 317. Par contre la stipulation est possible dans un testament-partage, qui prend effet au décès.

formes de l'article 919 alinéa 2 du Code Civil[2]. Ce texte prend comme base de ses exigences les règles normales de la remise de dette, qui, faite entre vifs, constitue une donation indirecte, à laquelle suffit une convention sans forme (arg. art. 1285 et 1287 C.civ.), et qui, faite par testament, constitue un legs de libération; mais il y ajoute, au cas où l'opération est conventionnelle et s'analyse par conséquent en un pacte sur succession future, le formalisme qui est exigé de ces pactes lorsqu'ils sont exceptionnellement autorisés.

Lorsque l'objet de l'obligation éventuelle est le bien donné lui-même, le gratifié est libéré par sa perte fortuite (art. 855 C.civ.), par application de la règle de l'article 1302 du Code Civil, selon laquelle le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de celui-ci. Mais lorsque l'objet de l'obligation est une somme d'argent, le débiteur reste tenu, à moins de stipulation contraire de l'acte imposant le rapport de la valeur du bien à la date de la donation; en effet les choses de genre ne périssent pas.

Après la réalisation de l'éventualité, l'obligation est parfaite, elle existe pleinement. Quels sont ses effets?

§ 2. — **Régime de l'obligation.**

436. — Le régime de l'obligation de rapport, lorsque celle-ci est complète et devrait s'assimiler à n'importe quelle obligation, présente une série de particularités, qui font douter de l'existence d'une obligation normale. Mais il s'avère à l'examen que l'explication en ressortit au droit commun successoral.

A. — Particularités de l'obligation :

437. — Pendant son existence, entre l'ouverture de la succession, qui la fait naître, et le partage, qui l'éteint, l'obligation de rapport subit un gauchissement notable[1]. Cette constatation ne s'applique qu'au rapport en moins prenant, car l'obligation de rapport en nature s'éteint automatiquement à l'ouverture[2] ne laissant pas place à de telles manifestations.

438. — D'abord, la créance produit des intérêts[1] de plein droit[2]: l'article 856 du Code Civil les fait courir à compter du jour de l'ouverture

---

435[2]. *V. supra* n° 316.

437[1]. Capitant, *L'indivision héréditaire*, Revue Critique 1924, pp. 84-100 (*Liquidation*), p. 86 et suiv.

437[2]. *Infra* n° 444.

438[1]. Le gratifié n'est tenu qu'au rapport des intérêts de la valeur rapportable, et non au rapport de la valeur des fruits de la chose, comme cela a été parfois soutenu. *V. supra* n° 376 et 381.

438[2]. Civ. 15 fév. 1865, *Ricard*, S. 1865.1.225.

de la succession. Il s'agit d'une anomalie[3], car de droit commun une obligation ne porte intérêt que du jour de la sommation de payer adressée au débiteur par le créancier (art. 1153 C.civ.).

439. — D'autre part, l'obligation se trouve en quelque sorte figée.

Elle est inexigible. Jusqu'au partage, les cohéritiers ne peuvent pas réclamer l'exécution du rapport à l'héritier gratifié. Car la technique du rapport en moins prenant suppose que l'obligation ne soit pas exécutée en dehors des opérations de répartition de la masse.

Il ne peut s'opérer aucune compensation, avant le partage, entre la dette de rapport de l'héritier gratifié et la créance que celui-ci peut avoir contre la succession. Un tel croisement d'obligations se rencontre principalement dans le cas de la dot portant sur une somme d'argent[1] non encore payée au décès. Il s'agit de savoir si le donataire peut réclamer le payement de celle-ci, bien qu'il en doive le rapport[2]. Le problème se pose aussi si le gratifié est titulaire d'une créance quelconque contre la succession.

La jurisprudence n'accueille pas la réclamation du gratifié[3]. Certes ce peut être le résultat de la compensation. L'un des arrêts utilise ce terme[4]. Mais il est décidé que si l'une des obligations est plus importante que l'autre, le solde dans un sens ou dans l'autre n'est pas payable immédiatement, mais seulement au partage. Il est donc rationnel d'estimer que les obligations entre succession et gratifié sont comme bloquées jusqu'à cette date, et que par conséquent la compensation est retardée du même délai. Cette conclusion est logique, car la compensation ne s'opère

---

438[3]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2925.

439[1]. Si elle portait sur un bien en nature, aucune compensation ne pourrait être envisagée entre la créance en nature du gratifié et sa dette pécuniaire; les objets des deux obligations ne seraient pas fongibles.

439[2]. Le problème du payement de la dot semble se poser également quand celle-ci consiste non en une somme d'argent, mais en un bien. Mais de deux choses l'une: Ou bien le terme de payement de la dot est le décès (ou une date antérieure); et alors, s'agissant d'une dette de corps certain, le créancier en est devenu propriétaire dès cette date, et n'a plus rien à réclamer, si ce n'est la délivrance. Ou bien le terme est postérieur au décès, et alors le gratifié n'a encore rien à réclamer à la date où la dette de rapport doit naître.

La théorie résolutoire fournit un autre raisonnement, qui, si l'on se place à son point de vue, est valable pour tous les types d'avancement d'hoirie. Wahl, note au S. 1902.1.177, constate que la libéralité, étant résolue, n'a jamais existé, et que par conséquent la créance du donataire issue de cet acte n'existe pas non plus.

Mais la plupart des partisans de la théorie résolutoire limitent l'analyse du rapport en une résolution au seul cas du rapport en nature. Aussi leur reste-t-il à résoudre le problème en cas de rapport en valeur. Si la dot est en nature, ils peuvent utiliser le raisonnement que nous avons proposé ci-dessus. Si la dot est en numéraire, il se pose le problème de la compensation, évoqué au texte (*Contra*: Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 629 *in fine*).

439[3]. Civ. 16 juin 1896, *De Fradin*, D. 1898.1.267, S. 1899.1.236; Req. 30 juill. 1900, *Therme*, S. 1902.1.177, note Wahl.

439[4]. Req. 30 juill. 1900, *Therme*, précité 439[3].

qu'entre des obligations exigibles: or l'obligation de rapport ne devient exigible qu'à l'instant du partage. Il reste d'ailleurs à vérifier que c'est bien une compensation qui éteint celle-ci dans le cas d'existence d'une obligation en sens inverse[5].

Il ne s'opère pas non plus de confusion à concurrence de la fraction de la dette de l'héritier gratifié correspondant à ses droits dans l'actif successoral, donc dans le rapport. Cela ressort de la disposition de l'article 856 du Code Civil, qui prescrit que l'ensemble de la dette produit des intérêts: elle n'est donc nullement éteinte[6].

L'obligation apparaît aussi incessible et insaisissable. On ne conçoit pas qu'un autre que le cohéritier vienne au partage prélever des biens à concurrence de la part de son auteur dans la créance de rapport. Le prélèvement ne se conçoit qu'entre copartageants. La seule cession à titre particulier qui soit possible est comprise dans une aliénation de droits successifs par le cohéritier créancier ou débiteur du rapport; il y a alors substitution complète de l'acquéreur au cédant dans sa place de copartageant, et non cession du rapport isolément.

L'action en rapport est également imprescriptible. Quelque soit le temps qui s'est écoulé depuis l'ouverture de la succession, l'exécution de la dette de rapport peut être réclamée contre l'héritier débiteur. On explique généralement cet état de choses dérogatoire aux règles ordinaires de la prescription des droits, en relevant que la créance de rapport est un élément de l'actif à partager, ou que l'exécution du rapport est une opération de partage, et que l'action en partage est imprescriptible[7].

440. — Lorsqu'intervient le partage, la créance ou la dette de rapport n'y figure pas nécessairement pour son montant. Seul est pris en considération un solde, résultant d'une balance entre l'obligation de rapport et d'autres obligations en sens inverse entre les mêmes parties. C'est ainsi que le donataire débiteur du rapport, qui se trouve en même temps créancier du défunt, ne doit que la somme dont le montant du rapport excède le montant de sa créance; si au contraire sa créance est égale ou supérieure à sa dette de rapport, il n'est plus soumis au procédé du moins prenant, mais il prend sa quote-part, ou davantage, dans la masse. La dette de rapport ne subit pas le payement ordinaire. S'agit-il d'un jeu d'écritures commode, établi à l'initiative du liquidateur dans un souci de simplification, ou est-ce le résultat de la compensation, différée à la date du partage, que nous avons entrevue?

On concevrait qu'il s'agisse d'une application de cette compensation. Elle ne peut jouer avant le partage à cause de l'inexigibilité de la créance de rapport. Mais à l'instant du partage elle est possible. La nature de l'opération a été largement discutée.

439[5]. *V. infra* n° 440.

439[6]. Batiffol, note au S. 1938.1.377, sous Civ. 11 janv. 1937, *Mulle*.

439[7]. De Page, t. IX, n° 1297; Jeantet, *Le droit à la réserve en nature*, thèse Paris 1939, n° 240.

Certains des arguments opposés à la thèse de la compensation ne sont pas efficaces. C'est ainsi qu'on relève souvent que la compensation assure un traitement de faveur à l'héritier rapportant, créancier de la succession, à l'encontre de ses cohéritiers. Il fait main-mise sur son propre rapport, qu'il ne verse pas à la succession, même si son montant est supérieur à ses droits dans la masse: les cohéritiers ne bénéficient pas de la soulte qu'il devrait normalement verser dans ce cas; leurs parts peuvent s'en trouver fort amoindries, voire réduites à néant lorsque le rapport constitue la seule valeur de la succession[1]. Mais cette critique ne joue que lorsque le rapport est supérieur à la part héréditaire du gratifié; autrement, le non versement du montant du rapport est l'effet ordinaire de la technique du moins prenant. Et d'autre part, on ne voit pas en quoi le gratifié frustre ses cohéritiers; s'il leur versait une soulte, ceux-ci seraient obligés de la lui reverser pour acquitter la dette du *de cujus*...

Se plaçant sur le plan des conditions techniques de la compensation, on note aussi parfois que l'héritier est débiteur du rapport en qualité d'héritier, alors qu'il est créancier de la succession en son nom personnel, en vertu du titre qui résulte de l'opération juridique qui a fait naître la dette du défunt envers lui[2]. Or, dit-on, la compensation ne peut avoir lieu de plein droit entre deux obligations que si les parties y figurent en la même qualité[3]. C'est exact. Mais cette exigence ne vise que le cas des personnes qui sont mandataires[4]. Tel n'est pas le cas.

Il existe un obstacle décisif: celui qui naît de l'article 857 du Code Civil. Ce texte s'oppose à ce que les créanciers de la succession profitent du rapport. Or si la compensation était admise, l'héritier gratifié obtiendrait le payement de sa créance au moyen du rapport. Il profiterait du rapport comme créancier du *de cujus*. L'article 857 impose donc le refus de la compensation[5-6]. Il convient toutefois de préciser que le champ d'application de cet argument est limité. Car si l'acceptation de la succession est pure et simple, il s'opère confusion des

---

440[1]. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 583; Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 629-4°.

440[2]. Planiol et Ripert, *loc. praecit.* 440[1]; cpr. De Page, t. IX, n° 1297.

440[3]. Civ. 5 nov. 1901, *Bibesco*, D. 1902.1.92; Civ. 27 mai 1936, *Sanson*, D.H. 1939.395.

440[4]. Planiol et Ripert, t. 7 par Radouant et Gabolde, 1954, n° 1284.

440[5]. Req. 6 mai 1867, *De Chazelles*, D. 1867.1.309, rapport Nachet, S. 1867.1. 217; Planiol et Ripert, et Aubry et Rau, *loc. praecit.* 440[1].

440[6]. L'impossibilité pour les créanciers successoraux de bénéficier du rapport s'oppose à la compensation également à un autre point de vue. Si l'héritier gratifié réclame sa créance à l'encontre des autres créanciers successoraux, s'il prétend concourir avec eux sur le prix d'adjudication d'un immeuble hypothéqué à la sûreté de sa créance, ceux-ci ne peuvent s'opposer à sa prétention en invoquant l'extinction de la créance par compensation avec la dette de rapport; car ils ne sauraient profiter de l'existence de l'obligation de rapport. Si l'on estime que la compensation est en soi impossible, l'argument est cependant utile: il interdit aux créanciers de demander l'application de tout autre mécanisme semblable. Seuls les cohéritiers sont habiles à faire état de la dette de rapport du gratifié (cf. Wahl, note au S. 1902.1.177, IV et V).

patrimoines; les créanciers successoraux deviennent créanciers personnels des héritiers, et comme tels ils peuvent exercer le droit de leur débiteur (art. 1166 C.civ.) et par conséquent profiter du rapport[7].

Le phénomène juridique qui s'oppose à ce que le rapport et la créance du gratifié puissent être réclamés isolément, mais qui fait que seul un solde figure dans le partage, n'est donc pas une compensation. Un arrêt de la Cour de Cassation rendu en 1896[8] illustre cette conclusion. Il s'agissait d'une espèce dans laquelle la succession avait été acceptée sous bénéfice d'inventaire, et dans laquelle l'article 857 s'opposait nettement à la compensation. La Cour décida cependant que l'héritier gratifié ne peut rien réclamer de sa créance à ses cohéritiers avant le partage, et qu'à ce moment il ne pourra obtenir que le solde résultant de la balance entre cette créance et sa dette de rapport.

Cette position peut être aisément justifiée, de même que les autres particularités de l'obligation de rapport, si l'on fait appel à l'idée de compte.

B. — Explication par l'entrée en compte de l'obligation :

441. — Les particularités qui affectent le régime de l'obligation de rapport sont caractéristiques de l'entrée de cette obligation dans un compte. La notion de compte civil a été dégagée de différentes matières de droit civil: tutelles, communauté matrimoniale, indivision... Ce compte se distingue du compte courant, auquel on songe immédiatement dès qu'il s'agit de compte, par son caractère automatique. Le compte courant, au contraire, est conventionnel; il ne saurait jouer dans le cas du rapport, dans lequel n'intervient aucun accord en ce sens entre le gratifié et ses cohéritiers[1]. Mais le compte civil présente les mêmes traits essentiels.

L'entrée en compte d'une obligation se traduit par une altération, qui distingue l'obligation devenue article de compte de l'obligation initiale, une sorte de novation[2]. Cette altération est précisément celle qui distingue l'obligation de rapport de l'obligation ordinaire.

Les intérêts des articles de compte courent de plein droit. Il s'agit de sauvegarder l'égalité des parties au compte: le créancier ne doit pas souffrir de l'inexigibilité de son obligation[3].

440[7]. Wahl, *loc. praecit.* 440[6], point IV.

440[8]. Civ. 16 juin 1896, *De Fradin*, D. 1898.1.267, S. 1899.1.236.

441[1]. Rouast, *Du droit de préférence résultant du rapport des dettes*, R.T.C. 1911, pp. 687-708, n° 26.

441[2]. Siesse, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, thèse Paris 1922, pp. 206-209; Chavanne, *Essai sur la notion de compte de droit civil*, thèse Lyon 1947, éd. Paris 1947, n° 136-153.

441[3]. Chavanne, th. précitée 441[2], n° 70; Siesse, th. précitée 441[2], p. 216. Rappr. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2925.

L'obligation est bloquée jusqu'au règlement du compte[4]. Elle devient inexigible. La compensation ne peut pas jouer. De façon générale, les actions naissant de l'obligation envisagée disparaissent. L'obligation devient incessible et insaisissable. Le délai de prescription ne commence à courir contre elle qu'à compter de la clôture du compte.

Enfin, le compte se règle par l'apparition d'un solde à payer. Les articles de compte se balancent. Il ne s'agit pas d'une compensation, car les conditions de celle-ci n'ont pas besoin d'être réunies, et les effets du compte sont plus énergiques: la balance s'établit même en cas de faillite du débiteur.

442. — La situation s'explique aisément si l'on considère que l'obligation de rapport s'intègre au compte d'indivision de la succession. Ce compte s'établit dès le décès entre chacun des héritiers et la masse. Il comprend d'une part les créances de l'héritier contre la succession pour quelque cause que ce soit: les dettes du défunt, les droits nés d'une gestion d'affaires, et il comprend d'autre part les dettes de l'héritier: son obligation de rapport des dettes et de rapport des libéralités, et les avances opérées par la masse à son profit. Ces obligations entrent en compte à cause de la connexité naturelle qui existe entre elles. Elles se transforment en articles et perdent leurs caractères normaux.

Le rapport des libéralités a sa place dans le compte. S'agissant du rapport en valeur, l'obligation porte sur une somme d'argent, chose fongible par excellence; ainsi se trouve satisfaite l'exigence de fongibilité des articles de compte, qui découle de la nécessité de pouvoir opérer une balance[1]. Par contre le rapport en nature, dette de corps certain, ne pourrait pas figurer dans le compte; c'est d'ailleurs pourquoi il est exigible dès le décès. Le rapport en valeur peut se balancer avec la créance de l'héritier contre le *de cujus*, qui entre en compte elle aussi[2] et devient inexigible[3]; il peut aussi se balancer avec une créance de l'héritier née entre le décès et le partage, en vertu d'une gestion d'affaires; en effet, le compte, qui peut ne comporter initialement que l'obligation de rapport, reste ouvert jusqu'à la date du partage.

L'intégration de l'obligation de rapport dans un compte véritable n'est pas douteuse. Certes une simple opération de comptabilité arithmétique produirait aussi un solde. Mais ce serait son seul effet. L'hésitation entre les deux analyses n'est possible que dans le cas d'une succession nettement positive; alors nul ne réclame sa créance contre ses cohéritiers avant le partage, et les parties laissent le notaire utiliser les méthodes

---

441[4]. Chavanne, th. précitée 441[2], n° 75 et n° 153.

442[1]. Chavanne, th. cit. 441[2], n° 135.

442[2]. L'existence éventuelle d'une sûreté garantissant cette créance n'empêche pas son entrée en compte. Normalement la sûreté tombe à cause de l'effet novatoire de l'entrée en compte. Mais la jurisprudence est très souple sur ce point. Cf. Chavanne, th. cit. 441[2], n° 136.

442[3]. Civ. 16 juin 1896, *De Fradin*, D. 1898.1.267, S. 1899.1.236.

de payement les plus simples, n'acquittant que l'excès d'une créance sur l'autre. Mais dès que la situation est plus délicate, les règles propres au compte se manifestent clairement.

L'intervention du compte d'indivision explique de façon satisfaisante le régime de l'obligation de rapport. Mais elle est impuissante à en expliquer l'exécution par prélèvement.

§ 3. — Exécution de l'obligation.

443. — Avant d'examiner l'exécution de l'obligation de rapport, il convient de noter qu'elle peut ne jamais intervenir, alors même que l'obligation est née. En effet il est loisible aux cohéritiers créanciers du rapport — à chacun d'eux, plus précisément — de consentir une remise de dette, dans les conditions ordinaires[1].

A défaut de renonciation des créanciers, l'exécution du rapport se présente de façon très différente selon qu'il s'agit du rapport en nature ou du rapport en valeur.

A. — Rapport en nature :

444. — Le payement de l'obligation s'opère par le transfert de la propriété de l'objet de l'obligation à l'ensemble des héritiers créanciers. Ce transfert s'effectue dès l'ouverture de la succession. En effet il est unanimement reconnu que si le donataire aliène le bien après le décès du disposant, il fait un acte nul, comme portant sur la chose d'autrui. Et dès le décès, les fruits cessent de profiter exclusivement au donataire; ils sont pour tous les héritiers; c'est la conséquence normale de la mise en indivision de la propriété.

Comment expliquer le payement automatique de l'obligation à l'ouverture de la succession? Il est curieux qu'un payement s'effectue sans l'intervention du bébiteur. En réalité, cet état de choses est normal; car, lorsque l'objet d'une obligation est un corps certain — et tel est le cas —, la propriété de cet objet passe au créancier dès que l'obligation est parfaite (art. 1138 C.civ.)[1].

Les héritiers deviennent donc propriétaires indivis du bien dès le décès. Lorsque l'avancement d'hoirie est testamentaire, ils en sont aussi en possession. Mais lorsqu'il est fait par donation, c'est encore le donataire qui détient le bien qui ne lui appartient plus.

443[1]. Précigout, art. cit. 409[1], n° 9, 11-12; Req. 1er mai 1832, *Duboispéan*, D. 1833.1.135.

444[1]. On ne saurait donc tirer argument de l'anéantissement de la propriété du donataire dès l'instant de l'ouverture, pour rejeter l'analyse du rapport en nature en une obligation et lui préférer l'analyse résolutoire, ainsi que le font Colin et Capitant, t. 3, 8e éd., 1936, n° 758 *in fine*.

445. — A partir de l'ouverture de la succession, le donataire rapportant se trouve débiteur d'une obligation de délivrance. Mais il n'est tenu de l'exécuter qu'au partage, car auparavant il n'en connaît pas le bénéficiaire. Celui-ci sera l'héritier auquel le bien sera attribué par le partage; rétroactivement la propriété lui appartiendra dès le décès. Jusqu'au partage, aucun des héritiers n'a donc de titre à réclamer le bien et à le détenir plutôt que le donataire, qui est héritier lui aussi.

Durant l'intervalle entre la naissance et l'acquittement de l'obligation de délivrance, les risques de la chose sont pour la cohérie, créancière du corps certain, par application des articles 1138 et 1302 du Code Civil. Il n'existe pas de dérogation à cette règle, puisque le débiteur ne peut être mis en demeure de livrer, cas dans lequel les articles 1138 et 1302 prévoient que la chose reste aux risques du débiteur.

446. — L'automaticité de l'exécution du rapport en nature permet de comprendre que les créanciers personnels de l'héritier rapportant voient jouer contre eux une sorte de préférence au profit des cohéritiers créanciers de l'héritier pour le rapport. Les créanciers du rapport sont payés avant les autres créanciers de l'héritier[1]. C'est une conséquence inévitable du mécanisme du payement[2].

En cas de rapport en valeur, la situation apparaît plus complexe.

B. — Rapport en moins prenant :

447. — *a*) Si l'obligation de rapport n'est pas balancée dans le compte d'indivision par une créance de l'héritier contre la succession, le débiteur s'en acquitte par la technique du moins prenant, dans le partage. Le procédé est bien connu[1]. Il s'agit d'un précompte: le gratifié

446[1]. Et cette préférence joue pour toute la créance des cohéritiers. Ainsi le rapport en nature les avantage relativement au rapport en moins prenant. Celui-ci confère une préférence à concurrence seulement de la part successorale de l'héritier rapportant; pour le surplus les cohéritiers subissent le concours des créanciers personnels du gratifié. Aussi certains défenseurs des cohéritiers ont-ils tenté d'étendre le domaine d'application du rapport en nature, en y intégrant le rapport en valeur des sommes d'argent; mais la jurisprudence a déjoué la tentative: Civ. 19 oct. 1903, *Gardès-Abinal*, S. 1909.1.558.

446[2]. Dans la théorie résolutoire, on explique le phénomène en relevant que les créanciers personnels de l'héritier ne sauraient avoir aucun droit sur le bien, qui n'a jamais fait partie du patrimoine de leur débiteur. Ils subissent les conséquences de la résolution du droit de leur débiteur. Cf. Rouast, art. cit. 441[1], n° 1; Josserand, t. 3, 2e éd., 1933, n° 1140.

447[1]. *V. supra* n° 63.

prend dans le partage moins que sa part normale[2]. Ou bien ses cohéritiers opèrent un prélèvement sur la masse avant que ne s'effectue un partage égal, auquel il participe; ou bien le montant des droits du gratifié dans le partage normal est diminué à concurrence de la valeur rapportable. La technique du moins prenant est également utilisée pour le rapport des dettes, bien qu'aujourd'hui il soit bien établi que celui-ci ne constitue pas une application du rapport des dons[3]; aussi trouverons-nous désormais des problèmes communs aux deux institutions.

448. — L'exécution en moins prenant est obligatoire. Le débiteur ne saurait prétendre, ni faire confusion de sa dette sur lui-même dans la mesure de la quote-part à laquelle il a droit dans la succession, donc dans le rapport, ni imposer à ses cohéritiers un payement en numéraire en concours avec ses créanciers personnels[1]. La seule exception est fort limitée. Il s'agit du cas où le montant du rapport est supérieur au montant des droits héréditaires du gratifié; le procédé du moins prenant est impraticable, le rapport doit alors se faire par indemnité[2]. Mais cette indemnité ne joue qu'à concurrence de l'excédent du montant du rapport sur la part de son débiteur dans la succession.

Les cohéritiers créanciers pourraient sans doute consentir à un payement normal, mais certainement pas l'exiger[3]. Il est vrai que le système d'exécution prévu par la loi est plus commode pour tous les intéressés. Surtout, il est particulièrement avantageux pour les créanciers du rapport lorsque le débiteur est insolvable, car il leur assure un droit de préférence sur les créanciers personnels de celui-ci.

447[2]. Inversement, les cohéritiers du gratifié prennent plus. La situation est la même que s'ils avaient bénéficié d'une institution contractuelle. Aussi M. Savatier a-t-il un moment analysé l'avancement d'hoirie en une institution contractuelle originale (obs. R.T.C. 1943.55 et 1956.167). Cette analyse cadre très bien avec la qualification de pacte sur succession future de l'avancement d'hoirie, car l'institution contractuelle est un pacte typique.

Mais M. Voirin (obs. aux J.C.P.N. 1946.2.3287-II B, et J.C.P. 1956.2. 9457-II B) a fait remarquer que les éléments essentiels de l'institution contractuelle ne sont pas réunis: d'une part les cohéritiers ne sont pas partie au contrat d'avancement d'hoirie, et d'autre part ils ne bénéficient pas d'une extension de vocation héréditaire, mais simplement de l'égalité.

Cela n'empêche pas, bien entendu, qu'il existe des institutions contractuelles en avancement d'hoirie (*supra* n° 339).

447[3]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 3000-3002.

448[1]. Capitant, art. cit. 437[1], p. 87; Ripert et Boulanger, t. 4, n° 3018.

Il n'existe pas, sous réserve de l'exception limitée indiquée au texte, d'exécution du rapport en espèces. Les termes font parfois illusion, particulièrement ceux du rapport forfaitaire, que les parties qualifient souvent de *remise à la succession de telle somme*; cf. la méprise du Conseiller Viatte (*Partages d'ascendant et donations en avancement d'hoirie*, J.N. 1965 art. 47495, pp. 385-386). Le rapport en valeur connaît une technique unique et obligatoire: le moins prenant, qui découle des prescriptions de l'art. 830 C.civ.

448[2]. *V. supra* n° 63.

448[3]. Cf. Trib. Civ. Nancy 19 fév. 1895, *Gigout*, D. 1895.2.439.

449. — *b*) L'existence d'une préférence au profit des créanciers du rapport découle du mécanisme même du moins prenant. Les cohéritiers du gratifié ont le droit de prélever des biens dans la masse à concurrence de leur créance, avant ou pendant le partage selon la variante technique utilisée. Ils sont donc assurés d'être payés, même si leur débiteur est insolvable. Ils passent avant le donataire dans le partage, et les créanciers personnels de celui-ci ne peuvent se payer que sur ce qui reste dans sa part dans le partage et sur ses biens personnels; ils sont primés par les créanciers du rapport.

La situation est la même en cas de rapport des dettes. Les cohéritiers passent avant les créanciers personnels du débiteur[1]. La seule différence est qu'en cas de rapport des dons, les créanciers personnels peuvent obliger, par l'action paulienne, le donataire débiteur à renoncer à la succession, si son acceptation a été faite en fraude de leurs droits[2]. Alors la dette de rapport disparaît. En cas de rapport des dettes, une telle opération serait inefficace, les dettes étant toujours dues.

Certains auteurs ont parlé de privilège[3]. Le terme est trop fort. Car l'avantage des créanciers cohéritiers ne présente aucun des caractères traditionnels du privilège au sens des articles 2094 et suivants du Code Civil[4]. La préférence ne provient ni d'un droit personnel de ses créanciers d'être payés avant d'autres, comme en matière de privilèges généraux, ni d'un droit privatif sur certaines choses, comme en matière de privilèges spéciaux. C'est tout au plus une cause de préférence. Encore fait-on parfois observer qu'il ne peut être véritablement question de préférence que dans un payement; or ici il y a plutôt extinction par un jeu d'attributions que payement de cette sorte[5].

Les limites de la préférence sont tracées par la technique qui est à son origine[6]. Elle ne joue que dans la mesure où le procédé du moins prenant peut jouer, c'est-à-dire à concurrence de la part héréditaire du débiteur du rapport, et sur les biens successoraux seulement, à l'exclusion du patrimoine personnel du débiteur. Pour ce qui excède la part du gratifié dans la masse successorale, les créanciers du rapport subissent le payement ordinaire, en concours avec les autres créanciers de leur débiteur sur les biens personnels de celui-ci[7]. Par ailleurs, la préférence ne vaut qu'à l'encontre des créanciers personnels du gratifié; elle est sans effet à l'égard des créanciers de la succession, qui peuvent saisir les biens successoraux avant que les cohéritiers ne les prélèvent; ces biens sont leur gage.

449[1]. Ch. Réunies 5 déc. 1907, *Chollet*, S. 1908.1.5, note Lyon-Caen.

449[2]. Chavanne, th. cit. 441[2], p. 111 note 2.

449[3]. Chavanne, th. cit. 441[2], n° 83; Dennery, *Le partage en droit international privé français*, th. Paris 1935, p. 27.

449[4]. Rouast, art. cit. 441[1], n° 24.

449[5]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 3020.

449[6]. Rouast, art. cit. 441[1], n° 25-26; Chavanne, th. cit. 441[2], n° 83 *in fine*.

449[7]. Civ. 19 oct. 1903, *Gardès-Abinal*, S. 1909.1.558.

450. — La raison de la situation préférentielle des créanciers du rapport apparaît clairement: c'est l'égalité entre héritiers. Si les cohéritiers du débiteur du rapport en étaient réduits à un payement ordinaire, le gratifié pourrait ne rien leur verser, s'il est insolvable, et cependant prendre toute sa part dans la succession. L'égalité, que doit rétablir le rapport, resterait rompue.

Mais le fondement technique de la préférence est assez obscur. La préférence n'est établie par aucun texte. Elle résulte du fonctionnement du rapport en moins prenant. Pour en dégager le fondement, il faut analyser le mécanisme de ce rapport. La doctrine a mené cette recherche à propos du rapport des dettes; le problème technique étant exactement le même que celui du rapport des libéralités, les résultats sont valables en notre matière. Un certain nombre de théories ont été avancées.

Il existe des explications fondées sur l'existence d'un droit réel des cohéritiers sur les biens prélevés[1]. Dans l'une, que la Cour de Cassation accueillit pendant un certain temps[2], les cohéritiers exercent leur prélèvement en vertu de leur qualité de copropriétaire de tous les biens de la succession, y compris la part de leur débiteur. Il ne saurait y avoir aucun concours entre les copropriétaires qui procèdent à des attributions se rattachant au partage, et les créanciers chirographaires d'un de ces copropriétaires: ceux-ci n'ont aucun droit de s'opposer à ces attributions. Dans l'autre, on note que le prélèvement est l'une des opérations du partage et que l'effet déclaratif du partage fait que les cohéritiers ont toujours été propriétaires des biens qui leurs sont dévolus: ils ne sont pas des créanciers, mais des propriétaires faisant valoir leur droit; aucun concours n'est donc possible.

Ces théories se heurtent à l'objection qu'elles reposent sur une pétition de principe. Elles partent du principe du prélèvement et elles en tirent l'idée de préférence. La déduction est exacte. Mais le problème est de savoir ce qui justifie le prélèvement. De plus, en matière de rapport des dettes, on ne s'explique pas comment les héritiers créanciers peuvent avoir plus de droits que leur auteur, lequel était soumis à la loi du concours.

Il existe aussi des explications tirées du droit des obligations.

Les unes font appel à la compensation. Celle-ci constitue une liquidation de l'obligation par soustraction, qui donne au créancier qui peut en bénéficier une préférence sur les autres. Cette analyse a été adoptée

---

450[1]. *V.* les exposés de MM. Rouast, art. cit. 441[1], n° 7-10, et Chavanne, th. cit. 441[2], n° 85.

450[2]. Civ. 8 fév. 1882, *Vidal*, D. 1882.1.317; Civ. 6 août 1895, *Carrère*, D. 1896.1.124.

450[3]. Cpr. une utilisation différente de l'effet déclaratif, parvenant à la même conclusion, dans Capitant, *L'indivision héréditaire*, Rev. Critique 1924, pp. 88-90.

par quelques arrêts du début du XXe siècle[4]. Mais la jurisprudence actuelle la rejette: « aucune compensation légale ne saurait se produire entre le droit réel de copropriété qui appartient à un héritier sur l'ensemble des biens meubles et immeubles laissés par le *de cujus*, et la dette, obligation personnelle, dont il peut être tenu envers l'hérédité... »[5]. En effet, d'abord, les droits de l'héritier débiteur ne sont pas composés, sauf de rares exceptions, de choses fongibles permettant la compensation avec son obligation pécuniaire; et même si la succession comportant des créances, la compensation serait impossible faute de réciprocité, ces créances étant nées à l'encontre de tiers débiteurs du défunt. Et ensuite, la faillite du débiteur mettrait obstacle à la compensation, alors qu'elle n'empêche pas le prélèvement; cette opposition est très concrète, car c'est justement dans les cas d'insolvabilité et de faillite que la préférence issue du prélèvement se manifeste[6].

Une autre théorie recourt à la notion de quasi-contrat[7]. Par son acceptation de la succession, l'héritier entre dans le groupement des coindivisaires. Il s'engage vis-à-vis de ceux-ci à respecter la règle du jeu des indivisions: l'égalité. Si l'héritier débiteur n'exécute pas son obligation de payer sa dette, soit qu'il se trouve insolvable, soit que la loi l'en dispense en imposant un mode de règlement qui va se substituer au payement, il rompt le pacte tacite. Ses cohéritiers n'exécutent plus alors leur propre obligation: ils prélèvent plus que leur part établie conformément à l'égalité; plus précisément, ils retiennent la part de l'héritier astreint au rapport: ils font un usage naturel du droit de rétention, qui est alors une forme de l'exception *non adimpleti contractus*.

A ce raisonnement on objecte que le droit de rétention présente un caractère comminatoire et temporaire. Il n'est pas proportionné à l'obligation dont il tend à assurer le payement, et il a pour but d'arriver à l'exécution normale de celle-ci. Or le prélèvement est proportionné, définitif et normal[8].

Il convient de reconnaître l'échec des efforts déployés pour trouver au système du moins prenant une base dans les parties du droit bien explorées.

451. — Il est incontestable que nous sommes en présence de ce que RIPERT et BOULANGER appellent une « situation légale priviligiée »[1]. L'expression est vague. Elle ne résout pas véritablement le problème. La question est de savoir s'il s'agit là d'une institution autonome, justifiée par la

---

450[4]. Besançon 15 nov. 1901, *Dumoulin*, S. 1905.2.90, note WAHL; Civ. 21 oct. 1902, *Caron*, D. 1907.1.41, note COLIN.

450[5]. Civ. 11 janv. 1937, *Mulle*, D.H. 1937.101, S. 1938.1.377, note BATIFFOL.

450[6]. ROUAST, art. cit. 441[1], n° 12; CHAVANNE, th. cit. 441[2], n° 86 p. 112.

450[7]. ROUAST, art. cit, 441[1], n° 14-23.

450[8]. CHAVANNE, th. cit. 441[2], n° 86 p. 112.

451[1]. RIPERT et BOULANGER, t. 4, 3020.

volonté souveraine du législateur d'assurer l'égalité entre les héritiers, ou de l'adaptation par le législateur d'un mécanisme connu à une situation particulière.

En faveur de cette dernière possibilité, il s'impose de relever la parenté de la situation avec celle créée par le compte[2].

Le compte lui aussi est générateur d'une préférence, par le simple fait de son fonctionnement. Le compte place en quelque sorte les éléments qu'il intègre, hors du patrimoine de leur titulaire[3]. Bien entendu, il ne saurait s'agir en l'occurrence d'un aspect du compte d'indivision. Ce compte se trouve cloturé lorsqu'intervient le prélèvement; il faut qu'il le soit pour qu'on le règle[4]. Le compte dont il s'agit met en balance les droits réels de l'héritier dans l'indivision, d'une part, et sa dette du solde du compte d'indivision, d'autre part.

L'obstacle à l'assimilation du prélèvement à une opération de compte tient précisément à la nature des articles qui y figureraient. Ils ne sont pas fongibles. On ne conçoit pas l'établissement d'un compte entre un droit réel et une obligation personnelle, parce qu'il est impossible de mettre en balance ces éléments qui ne sont pas interchangeables. La difficulté est identique à celle qui s'oppose à la théorie de la compensation[5].

Mais on peut se demander si l'obstacle est insurmontable aujourd'hui. On sait la place que tient la représentation comptable des biens dans le droit successoral issu des réformes de 1938. « Les notions de masse successorale et de masse réservée perdent leur identité matérielle pour tendre à devenir des éléments de compte, où les déséquilibres se compensent par voie d'indemnisation.»[6] Les biens sont considérés sous leur aspect comptable. Le mot de fongibilité a même été prononcé. Désormais il existe, grâce à la représentation comptable des biens, une commune mesure entre la dette de l'héritier et ses droits réels dans la masse. Pourquoi n'admettrait-on donc pas que le procédé du moins prenant constitue une expression de la technique du compte ?[7].

452. — Les modes d'exécution du rapport, en moins prenant comme en nature, n'apparaissent donc pas comme une anomalie dans le droit des obligations. S'ils ne requièrent pas l'intervention du débiteur, ce n'est que par l'effet normal, soit de la nature de l'objet du rapport, soit

---

451[2]. Aubry et Rau par Esmein, t. X, § 634 bis, p. 321; Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 604; cpr. Chavanne, th. cit. 441[2], n° 86 p. 113.

451[3]. Chavanne, th. cit. 441[2], n° 139.

451[4]. C'est pour cette raison que certains auteurs rejettent absolument l'idée de compte: Siesse, th. cit. p. 216; Chavanne, th. cit. 441[2], n° 86 p. 113.

451[5]. *V. supra* n° 450, texte et note 450[5].

451[6]. Planiol et Ripert, t. 4 par Maury et Vialleton, n° 567 bis.

451[7]. Cpr. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 3019.

de l'intégration de l'obligation dans un compte[1]. La parfaite efficacité des procédés d'exécution du rapport découle de la structure même de l'obligation.

453. — A l'issue de l'analyse du rapport, il se dégage que celui-ci présente tous les caractères requis d'une obligation de l'héritier gratifié. La structure en est normale. Il s'agit donc d'une obligation véritable[1].

Mais cette obligation est profondément affectée par son rôle dans la dévolution successorale. Elle a pour fonction d'assurer l'égalité entre les héritiers. De là son particularisme. Le seul aspect de celui-ci, qui ne relève pas d'un mécanisme du droit commun, réside dans l'impossibilité d'introduire, par une cession, dans le cercle des parties une personne qui ne soit pas héritière *ab intestat* du *de cujus*. Pour le surplus, les règles du rapport ressortissent à des institutions connues du droit des obligations. Ces mécanismes particuliers se manifestent à deux moments: après la naissance de l'obligation et à sa naissance.

454. — Après la naissance de l'obligation, le particularisme réside, outre dans l'exécution automatique du rapport en nature, dans le blocage de la dette de rapport en valeur et dans son règlement par voie de prélèvement.

Or sur ces deux points nous avons relevé la parfaite communauté de situation avec le rapport des dettes: comme celui-ci, le rapport des avancements d'hoirie est intégré au compte d'indivision et, comme lui, il s'opère par la technique du moins prenant. Cette constatation permet de ramener le particularisme du rapport des dons à sa juste mesure. Ce particularisme n'est pas propre aux avancements d'hoirie: il n'est que l'effet des règles du rapport des dettes. Et l'originalité de ces règles n'est que la conséquence normale de l'imbrication des relations entre participants à une même indivision.

Le rapport des dons se présente comme une application du rapport des dettes. L'avancement d'hoirie donne naissance à une dette qui subit le même sort que les autres dettes de l'héritier envers la succession. Cet état de choses confirme que le rapport est une obligation véritable.

452[1]. Aussi l'argument de l'un des principaux partisans de la théorie résolutoire, M. Boyer (*Les conflits de lois en matière de rapport des libéralités*, R.C.D.I.P. 1949, pp. 208-263, n° 11), tiré de ce que l'exécution d'une obligation suppose une activité du débiteur, ne nous semble-t-il pas pertinent.

453[1]. De cette constatation, on devrait tirer des conséquences directes et pratiques en Droit International Privé. Au lieu d'être effectué strictement à la masse dont le bien donné est issu (*v. supra* n° 282), le rapport devrait pouvoir être fait à l'une quelconque des masses entre lesquelles la succession se diperse. En effet la créance appartient à la succession sans distinction de masse. *V.* en ce sens les explications de Nast, note à la R.D.I.P. 1907, pp. 407-408, sous le jugement *Del Drago*; *contra*: Boyer, art. cit. 452[1], n° 34.

Certes, historiquement c'est le rapport des dettes qui est né du rapport des dons, et non l'inverse[1]. Mais dans le droit moderne, le rapport des dettes a pris une existence autonome. Il est devenu le mode de règlement de toute obligation de l'héritier envers la masse, quelle que soit son origine[2]. Aussi peut-on considérer qu'il a absorbé le rapport des dons, qui de son côté s'est transformé aussi depuis 1804, passant d'un mécanisme qu'on pouvait interpréter comme résolutoire à l'exécution d'un dette liant le successible et le diposant.

On objectera à l'absorption du rapport des dons dans celui des dettes certaines différences. Le rapport des dettes est dû par tout copartageant, alors que le rapport des dons n'est dû que par l'héritier *ab intestat*. La renonciation affranchit du rapport dans les deux cas, et c'est normal puisque le prélèvement ne se conçoit que dans un partage auquel participe le débiteur; mais en cas de rapport des dettes, la dette reste dûe: un payement ordinaire est substitué au prélèvement. Par ailleurs, la question de la détermination du montant du rapport, qui se pose aussi pour le rapport des dettes dès lors qu'elles sont libellées en monnaie étrangère, est résolue de façon différente; en ce qui concerne les dons, ce montant est en principe de la valeur du bien à la date de l'avancement d'hoirie, alors qu'en ce qui concerne les dettes, c'est, selon la doctrine — en désaccord avec une jurisprudence irrationnelle — la valeur au jour du partage[3]. Enfin et surtout, les créanciers héréditaires ne peuvent pas, sauf en cas d'acceptation pure et simple de la succession, demander que la dette issue de l'avancement d'hoirie soit rapportée, alors qu'ils bénéficient du rapport des autres dettes.

Mais ces divergences s'expliquent aisément par le particularisme qui préside à la naissance de l'obligation de rapport de l'avancement d'hoirie. C'est une dette, mais qui comme toute dette conserve la marque de son origine.

455. — C'est dans la naissance de l'obligation que se situe l'originalité principale du rapport des libéralités. La naissance de l'obligation est soumise à une éventualité: la venue du débiteur présomptif à la succession ab intestat en concours avec des cohéritiers. Cette exigence découle directement de la fonction du rapport, qui est de rétablir l'égalité entre les héritiers *ab intestat*. Ce n'est qu'au décès qu'il se vérifie si elle est satisfaite.

L'existence de l'éventualité explique les divergences relevées avec le rapport des dettes. Si l'événement n'intervient pas, l'obligation ne naît pas, donc ne peut faire l'objet d'aucun rapport; c'est pourquoi le gratifié qui vient à la succession à un autre titre que celui d'héritier

---

454[1]. *V.* Labbé, *Du rapport des dettes*, Revue Pratique de Droit Français, t. 7, 1859, pp. 475-514.

454[2]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 2997, 3000-3002.

454[3]. *V.* Hébraud, *L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux*, Etudes Ripert, 1950, p. 510.

ab intestat n'est pas astreint au rapport, de même celui qui renonce et ne succède pas. D'autre part, la dette ne naissant pas du vivant du disposant, il est naturel que les créanciers de celui-ci ne la trouvent pas dans leur gage. Quant à la différence entre le montant des rapports, elle ne tient pas à l'opposition d'un rapport des dettes - payement, dont le montant est évalué à la date de ce payement, et d'un rapport des dons indéfinissable, mais différent; elle repose simplement sur l'arbitraire du législateur, qui a réglementé le rapport des libéralités[1], sans imposer d'ailleurs de façon impérative sa position.

En présence de l'originalité de l'obligation de rapport, le problème se pose de savoir si l'avancement d'hoirie, opération qui unit cette obligation et le transfert de propriété entre disposant et débiteur, est susceptible d'être ramené à un type d'acte juridique connu.

455[1]. *Supra* n° 269.

TITRE DEUXIÈME

SYNTHÈSE DES ÉLÉMENTS DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE

456. — L'avancement d'hoirie met en œuvre deux éléments techniques: le transfert de propriété et le rapport. L'obligation de rapport constitue l'élément typique de l'institution. Elle présente des particularités résidant principalement dans sa naissance éventuelle. Son objet consiste, soit en le bien même qui a été transféré, soit en une valeur équivalente. Quant au transfert de propriété, qui intervient entre disposant et successible, son existence est évidente. Dans le cas du rapport en valeur, son incommutabilité est le but de la technique de restitution utilisée. Dans le cas du rapport en nature, le gratifié exerce tous les attributs de la propriété, particulièrement le droit de disposer, avant d'effectuer la restitution du bien. Le transfert présente le caractère d'être absolument volontaire de la part du cédant.

457. — Le problème de la nature juridique technique de l'avancement d'hoirie consiste à rassembler les deux éléments dans un cadre unique de façon à rendre compte de l'institution unitaire que constitue l'avancement d'hoirie, dont nous avons relevé l'efficacité propre. Classiquement on parle de libéralité en avancement d'hoirie. Mais il n'est nullement évident qu'il s'agisse véritablement d'une libéralité. Car le rapport limite singulièrement la portée de la disposition à titre gratuit; il en paraît exactement l'antithèse... Il convient d'ouvrir largement le champ d'investigation. Il faut confronter l'avancement d'hoirie avec chacune des institutions existantes contenant les deux éléments de base, de façon à découvrir s'il entre dans une catégorie connue.

458. — L'existence même des deux éléments de base élimine certaines institutions, auxquelles on pourrait songer à assimiler l'avancement d'hoirie. Cela est particulièrement clair en ce qui concerne le transfert de propriété volontaire, qui s'oppose à l'intégration de l'avancement d'hoirie au prêt ou à son rapprochement de l'action *de in rem verso*.

Il est tentant d'établir une analogie entre le prêt et l'avancement d'hoirie. Le terme d'avancement d'hoirie ne renferme-t-il pas l'idée d'avance ?

L'emprunteur, bénéficiaire de l'avancement d'hoirie, profite de l'usage et de la jouissance du bien jusqu'au décès du prêteur; et ce gratuitement, puisqu'il ne doit pas d'intérêts.

Si le rapport s'effectue en nature, la jouissance des fruits constitue un profit appréciable. Elle n'est d'ailleurs pas indispensable à l'analyse: l'avancement d'hoirie avec clause de rapport des fruits[1] reste un prêt d'usage ou, parfois, de consommation intéressant[2]. Le remboursement s'opère au décès, terme convenu. Il porte sur la chose même.

Si le rapport s'exécute en moins prenant, l'assimilation au prêt est particulièrement aisée lorsque l'avancement d'hoirie porte sur une somme d'argent[3]. L'emprunteur rend exactement la somme qu'il a reçue, ou, le cas échéant, le résultat d'une habile indexation[4]. Le remboursement ne s'effectue pas dès le décès, bien qu'il soit dû dès cette date; il n'intervient que lors du partage, parce que la dette se trouve comprise dans le compte d'indivision. Le prêt porte intérêt entre ces deux dates, comme il est de droit en matière de compte. Par contre, lorsque l'avancement d'hoirie porte sur d'autres biens que l'argent, l'analyse est malaisée, car ce n'est pas la chose-même qui est rendue. S'il s'agit d'un prêt de choses consomptibles, cette situation se conçoit (art. 1903 C.civ.) à la rigueur[5], mais on ne saurait l'admettre dans les autres cas.

A la vérité, c'est l'ensemble de l'analyse qui doit être rejetée. Les obstacles qu'elle rencontre sont prohibitifs. D'abord, le prêt ne transfère pas la propriété du bien qui en fait l'objet, sauf le prêt de consommation (art. 1893 C.civ.). Or l'avancement d'hoirie porte rarement sur des biens consomptibles. La seule hypothèse pratique est l'avancement d'hoirie d'une somme d'argent; mais une analyse générale de l'avancement d'hoirie ne saurait reposer sur un cas aussi particulier. Ensuite, le remboursement de l'avancement d'hoirie - prêt est éventuel, et l'éventualité dépend largement de la volonté de l'emprunteur, auquel

---

458[1]. *V. supra* n° 23-27.

458[2]. Esmein, *Les donations de fruits et revenus*, R.G.N. 1934 art. 23958, n° 15 in fine.

458[3]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1950.2.5679-II; Catala, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, éd. Paris 1954, n° 156.

458[4]. Cf. *supra* n° 137 *in fine*.

458[5]. La jurisprudence exige une impossibilité absolue de rendre le bien en nature (Paris 17 juill. 1946, *Tibaldi*, D. 1948.J.169 note Weill), ce qui ne sera pas toujours le cas.

il suffit de renoncer à la succession pour se libérer. Cette originalité de l'obligation de rapport est peu compatible avec la structure normale du prêt[6].

Le rapprochement de l'avancement d'hoirie et de l'action *de in rem verso* paraît beaucoup plus surprenant que l'analogie avec le prêt. L'idée mérite cependant de retenir l'attention. Elle est suggérée par l'analyse présentée par le rapporteur de la loi du 7 février 1938 au Sénat, pour lequel l'évaluation du montant du rapport à la date de la libéralité découle de l'intervention à cette date d'un appauvrissement du donateur et d'un enrichissement corrélatif du donataire[7]. On sait en effet qu'en matière d'action *de in rem verso* la réparation ne se calcule jamais au jour où elle intervient, mais que son montant peut être établi à la date des faits d'où procède l'enrichissement[8]. L'analyse proposée peut trouver une illustration dans le rapport de l'assurance sur la vie souscrite par le *de cujus* au profit d'un successible. Avant que la loi du 13 juillet 1930 (art. 68) ne dispense du rapport les primes comme le capital, il s'agissait en principe d'un avancement d'hoirie. Seul le rapport des primes déboursées par le *de cujus* était dû, mais son montant ne pouvait pas dépasser le capital dont s'était enrichi le bénéficiaire, c'est-à-dire qu'il était de la plus faible des deux sommes: enrichissement du donataire et appauvrissement du donateur[9], comme il est de règle en matière d'enrichissement sans cause.

Mais le rapprochement, sans qu'il soit besoin d'approfondir la critique, pêche par son caractère superficiel. Le transfert de propriété au bénéficiaire est volontaire, conscient et fondé: il n'est pas sans cause. Il ne saurait donc être question d'enrichissement sans cause. De plus, l'analyse oublie l'existence du rapport en nature; en effet, l'action *de in rem verso* n'a pas pour objet la récupération des biens disparus, mais une réparation pécuniaire.

Il est vrai qu'une fois rejetée l'analyse en prêt, on ne trouve plus aucun point de rattachement pour l'avancement d'hoirie rapportable en nature.

459. — Pour l'avancement d'hoirie soumis au rapport en valeur, il reste deux pôles d'attraction, réunissant le transfert de propriété et une obligation corrélative: la vente à successible et la libéralité avec charges.

458[6]. Desbois, *Des donations de fruits et revenus. Le problème de la restitution éventuelle...*, Semaine Juridique 1929 p. 944.

458[7]. *V.* Desbois, *Commentaire de la loi du 7 février* 1938, D. 1938.4.353-I-A.

458[8]. Même si en principe la réparation s'apprécie au jour de la demande. Cf. Civ. 18 janv. 1960, *Fayolle*, D. 1960.J.753, note Esmein.

458[9]. Civ. 4 août 1908, *Berthault*, D. 1909.1.185, note Dupuich, S. 1909.1.5, note Lyon-Caen; Civ. 2 août 1909, *Geoffroy*, D. 1910.1.328, S. 1910.1.540.

L'examen de ces deux institutions présente un intérêt qui n'est cependant pas limité à l'avancement d'hoirie rapportable en valeur. Il permet de savoir si l'avancement d'hoirie est un acte onéreux ou gratuit, problème de première importance, qu'on ne peut aborder qu'à travers les applications des analyses correspondantes. Il permet, de façon générale, de prendre une vue technique globale de l'avancement d'hoirie, qui en dernier ressort apparaît dans tous les cas comme une institution *sui generis*.

CHAPITRE I : *Avancement d'hoirie et vente à successible.*

CHAPITRE II : *Avancement d'hoirie et libéralité avec charge.*

CHAPITRE III : *L'avancement d'hoirie, institution sui generis.*

CHAPITRE PREMIER

AVANCEMENT D'HOIRIE ET VENTE A SUCCESSIBLE

460. — Selon une définition classique, la vente est un contrat dans lequel une personne, le vendeur, s'oblige à transférer à une autre la propriété d'une chose, tandis que l'autre, l'acheteur, s'oblige à lui en payer la valeur en argent[1]. Les deux éléments de l'avancement d'hoirie, que nous nous efforçons de réunir, le transfert de propriété et l'obligation de verser une valeur équivalente, sont donc intégrés dans cette institution. L'analyse de l'avancement d'hoirie en un type de vente est séduisante. Le bien faisant l'objet de l'avancement d'hoirie est vendu au successible, qui l'achète pour un prix qu'on nomme le rapport. L'analogie est évidente[2].

Il est une autre façon de découvrir une vente dans l'avancement d'hoirie. Selon celle-ci, le bien est vendu au gratifié, mais la vente est immédiatement suivie d'une remise du prix à l'acheteur[3]. L'analyse rend compte de ce que le rapport se fait en simple valeur et de ce que son montant diffère le plus souvent de la valeur effective du bien lorsqu'il est opéré[4]; cela est normal, puisqu'il s'agit du rapport d'une donation

---

460[1]. RIPERT et BOULANGER, t. 3, 1958, n° 1290; cf. art. 1582 C.civ.

460[2]. VOIRIN, obs. au J.C.P. 1941.2.1655 *in fine*.

460[3]. DEMOLOMBE, t. 16, n° 528.

460[4]. M. HÉBRAUD estime que le procédé de l'estimation valant vente dans les libéralités est à l'origine de la généralisation du rapport en moins prenant de la valeur du bien à la date de l'avancement d'hoirie (*L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux*, Etudes Ripert, t. I, 1950, p. 520), avec la pratique du rapport à forfait (*Des contrats passés entre un futur de cujus et son héritier présomptif*, Mélanges Savatier, 1965, p. 353 note 3), qui, lui aussi, suggère le rapprochement de l'avancement d'hoirie et de la vente.

portant sur une somme d'argent et faite par voie de remise de dette[5]. Mais il s'agit là d'un artifice inutile; car le rapport en valeur est imposé par la loi pour équivaloir au bien lui-même, et surtout l'analyse n'élucide nullement le phénomène du rapport. L'assimilation totale de l'avancement d'hoirie à la vente semble plus efficace.

461. — L'analyse technique de l'opération paraît favorable à l'analyse de l'avancement d'hoirie en une vente. Mais un examen plus approfondi révèle des obstacles qui font échouer le rapprochement.

SECTION I : *Structures favorables à l'assimilation.*

SECTION II : *Obstacles à l'assimilation.*

SECTION I

STRUCTURES FAVORABLES A L'ASSIMILATION

462. — Une large coïncidence se manifeste entre les éléments techniques de l'avancement d'hoirie et ceux de la vente, si du moins on ne s'en tient pas à la forme de vente la plus simple. Les apparences techniques sont donc favorables à l'assimilation.

L'analogie peut être développée à travers l'ensemble de la structure de la vente: formation du contrat, éléments de ce contrat, et effets relatifs à ces éléments, pour aboutir à une analyse de l'avancement d'hoirie en un contrat de vente cohérent et valable.

§ 1. — Formation de la vente.

463. — Il convient de distinguer l'avancement d'hoirie entre vifs et l'avancement d'hoirie testamentaire. L'assimilation à la vente doit pouvoir être faite dans les deux cas, car l'avancement d'hoirie a une nature unique et il présente les mêmes éléments à réunir dans les deux hypothèses. Mais la technique employée n'est pas exactement identique.

460[5]. Cette analyse a été aussi proposée, et réfutée, à propos de la justification de la réforme de l'article 922 C.civ., qui compte la donation pour sa valeur à la date de la libéralité, dans le calcul de la réserve. Cf. VOIRIN, *Commentaire de la loi du* 7 fév. 1938..., Lois Nouvelles 1938.1.40, n° 18; DESBOIS, *Commentaire de la loi du* 7 *fév.* 1938, D.P. 1938.4.357-I.

464. — Lorsque l'avancement d'hoirie intervient entre vifs, le contrat se forme entre le disposant, vendeur, et le successible, acheteur, par la signature de l'acte. La propriété du bien est immédiatement transférée, mais le payement du prix est retardé.

465. — Lorsque l'avancement d'hoirie est le résultat d'un testament, la vente ne saurait évidemment être parfaite avant le décès. Faut-il donc admettre qu'elle intervient entre les cohéritiers et le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie? Ce serait une sorte de licitation[1].

A cela on doit objecter que le consentement des cohéritiers, acquéreurs, n'intervient pas à proprement parler dans l'opération. En acceptant la succession, ils bénéficient automatiquement du rapport, le consentement émane du *de cujus*.

Il convient donc d'envisager une espèce de promesse de vente contenue dans le testament, au respect de laquelle les héritiers seraient tenus. Plus précisément, il s'agirait d'un legs de la faculté d'acquérir le bien. La validité de ce type d'acte est reconnue[2]. L'objet du legs[3] est le droit de créance du légataire contre les héritiers, le droit de les contraindre à vendre. En acceptant le legs, le légataire accepterait l'option qui lui est ouverte, et, en acceptant la succession, il la lèverait. Le contrat se formerait à ce moment. Il présenterait les éléments fondamentaux de la vente, comme l'avancement d'hoirie entre vifs.

§ 2. — Eléments de la vente.

Les éléments spécifiques de la vente, la chose et le prix, apparaissent clairement dans l'avancement d'hoirie; et les effets de l'acte, qui atteignent ces éléments, peuvent être ceux d'une vente.

466. — *a*) La chose, qui est le bien ou l'ensemble de biens qui font l'objet de l'avancement d'hoirie, change de propriétaire. Le successible acquiert la propriété dès la date de la libéralité. Le transfert est incommutable.

465[1]. Cpr. le curieux raisonnement du Conseiller DARESTE (rapport sur Req. 8 juill. 1879, *Harmel*, S. 1880.1.177), qui dans un cas où l'on pouvait hésiter entre les qualifications de legs préciputaire avec charge, de legs en avancement d'hoirie, et de testament-partage, opte pour celle de partage d'ascendant, parce qu'il voit dans la somme à verser aux cohéritiers, qu'on pouvait prendre pour un rapport (*v. supra* n° 226), un prix de licitation, que le *de cujus* impose à son *légataire* de verser à ses cohéritiers; or la licitation est une opération de partage; ordonnée par le défunt, c'est donc un partage d'ascendant... Le raisonnement est exagérément formel.

465[2]. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse Toulouse 1955, éd. Paris 1955, n° 232; DEPIERROIS, *Le legs à titre universel contenant attribution d'immeuble à certains légataires*, R.G.N. 1956 art. 27470, p. 260. Civ. 30 avr. 1884, *Bruyerre*, S. 1885.1.37.

465[3]. La nature exacte de la disposition est discutée. L'expression *legs* est la désignation courante. Cf. DUPEYROUX, th. précitée 465[2], n° 228.

Le bien se trouve exclu du patrimoine du *de cujus*, pour passer dans celui du successible. De la sorte celui-ci bénéficie seul du bien. La vente réalise ainsi l'attribution préférentielle du bien à l'un des héritiers, qu'il s'agisse d'une vente franche, dans laquelle le prix est payé aux cohéritiers, ou qu'il s'agisse d'un acte dénommé avancement d'hoirie. Effectivement, avant que les réformes de 1938 ne généralisent le rapport en valeur, la vente moyennant un prix payable au décès du vendeur était souvent utilisée à des fins d'allotissement[1], ce qui est le propre de l'avancement d'hoirie actuel.

467. — *b*) Le prix est stipulé payable au décès du vendeur. Ce sont donc les héritiers qui en bénéficient. Le décès apparaît comme un terme de payement dans le cas de l'avancement d'hoirie entre vifs[1]; dans le cas de l'avancement d'hoirie testamentaire, le payement doit s'effectuer à la date de la formation définitive du contrat: l'obligation n'est pas affectée d'une modalité.

Mais, bien entendu, l'obligation de payer le prix ne s'exécute pas dès l'instant où elle est dûe, car elle est affectée par son intégration au compte d'indivision, dont elle devient l'un des articles. Cela explique l'altération de ses caractères normaux. Son exigibilité se trouve ainsi retardée jusqu'au partage, date de liquidation du compte. Et elle produit des intérêts de plein droit, alors que de droit commun la dette à terme ne porte pas d'intérêts, à moins de convention formelle ou de prescription de la loi (p. ex. art. 1548 C.civ.)[2].

468. — Le mode de détermination du prix ne présente rien d'original.

Le plus souvent la somme à payer est fixée de façon définitive à partir de l'instant où s'exprime la volonté du *de cujus*, c'est-à-dire de la date de l'acte quand l'avancement d'hoirie intervient entre vifs, et de la date du décès en cas d'avancement d'hoirie testamentaire.

Le disposant peut imposer un forfait, somme invariable, qui se présente comme abstraite de toute référence à la valeur objective du bien. L'objet de l'obligation de l'héritier apparaît nettement distinct du bien lui-même; c'est une somme d'argent arbitrairement fixée; tout aspect de restitution est écarté. C'est pourquoi l'assimilation de l'avancement d'hoirie à la vente a trouvé dans ce cas son domaine d'élection. Un arrêt rendu par la Cour de Riom en 1890[1] affirme: « La donation faite à titre de dot à N... desdits biens immeubles présents se résout en une aliénation à son profit desdits immeubles moyennant un prix... déterminé à forfait,

---

466[1]. Vialleton, *Regards sur quelques problèmes d'organisation successorale*, Annuario di diritto comparato e di studi législativi, vol. 13, Rome 1937, 1ere partie, pp. 297-321, p. 318.

467[1]. Savatier, obs. R.T.C. 1952.89.

467[2]. Voirin, obs. au J.C.P. 1941.2.1655, *in fine*.

468[1]. Riom 9 déc. 1890, *De Clerval*, D. 1892.2.237.

stipulé exigible seulement à l'époque du décès de ladite dame...» La formule a été reprise depuis lors, tant en jurisprudence[2] qu'en doctrine[3]. Le Conseiller Dumas a suggéré à la Cour de Cassation la même analyse dans son rapport sur l'affaire *D'Uzès* de 1936[4]. Cerains auteurs, abusés par ces autorités, ont pu considérer que l'assimilation à la vente de l'avancement d'hoirie rapportable à forfait était une analyse bien acquise[5].

La détermination du montant du rapport d'après l'estimation du bien à la date de la libéralité, généralisée en 1938, est proche de la fixation à forfait. En effet, bien que l'équivalence avec le bien soit apparente, la somme est fixée une fois pour toutes lors de l'expression du consentement du disposant. Le prix est fixé à l'instant de la vente, comme il est fait d'ordinaire.

Le rapport peut aussi porter sur la valeur du bien à une date postérieure à celle de la vente supposée; son montant peut être de l'estimation du bien au jour du décès, dans un avancement d'hoirie entre vifs, ou au jour du partage. Le prix varie donc après la conclusion du contrat. Cela ne fait pas obstacle à l'analyse de l'avancement d'hoirie en une vente[6]. Il est admis que le montant du prix d'une vente ne soit liquidé qu'après la liquidation du contrat. Il peut être fixé lors de l'arrivée du terme du payement[7], ce qui correspondrait à la date du décès en cas d'avancement d'hoirie; ou être fixé au moment du payement effectif, c'est-à-dire en notre matière au jour du partage. La variation du prix postérieurement à la conclusion de l'acte est la raison d'être des indexations, dont la validité n'est pas contestée.

469. — L'assimilation du rapport de l'avancement d'hoirie au prix d'une vente, ajoutent les partisans de cette théorie, est possible même quant à la garantie du payement. En effet le privilège du vendeur correspond au privilège du copartageant, dont bénéficient les cohéritiers pour assurer le recouvrement du rapport[1].

L'analyse paraît donc fondée.

§ 3. — Validité et intérêt de la vente.

470. — Le contrat de vente dégagé est parfaitement cohérent. Et sa licéité ne fait pas de doute. Les ventes à successible avec prix payable au terme du décès du vendeur se rencontrent fréquemment en pratique

---

468[2]. Trib. civ. Abbeville 4 juin 1935, *Deneux*, J.N. 1935 art. 38617, note Javon.

468[3]. Savatier, obs. R.T.C. 1926.205, sur Req. 28 oct. 1925, *Conan*; Meurisse, *Le rapport des donations*, G.P. 1962.2. Doctr. pp. 78-79, pour sauver le rapport forfaitaire surestimé.

468[4]. P. Dumas, rapport sur Req. 2 mars 1936, *D'Uzès*, D. 1936.1.111.

468[5]. Jeantet, *Le droit à la réserve en nature*, thèse Paris 1939, n° 252.

468[6]. Catala, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, éd. Paris 1954, n° 132.

468[7]. Com. 12 mars 1952. *Société des Scieries et Tonnelleries du Sud-Ouest*, J.C.P. 1952.2.6988, obs. J. Ph. Lévy.

469[1]. Jeantet, th. cit. 468[5], n° 252.

et ne soulèvent aucune critique[1]. Toutefois il est souhaitable qu'elles ne contiennent aucune intervention des cohéritiers présomptifs de l'acquéreur en vue de l'approuver; cet élément surajouté confère en principe à l'opération le caractère de pacte sur succession future, et il en entraîne la nullité complète[2]. Il en va de même en matière de donations[3]; cela confirme l'identité.

L'avancement d'hoirie serait l'une de ces ventes à successible, présentant simplement la particularité que le terme de payement du prix ne se place jamais à une date antérieure au décès du vendeur[4], et que les intérêts du prix ne courent jamais avant ce décès[5]. Inversement ces ventes seraient des avancements d'hoirie. Et effectivement, dans la pratique il existe des cas dans lesquels la jurisprudence hésite sur la qualification exacte d'un acte déclaré vente[6].

471. — L'intérêt essentiel de l'analyse proposée est d'éviter à l'opération la qualification de pacte sur succession future. Cela a été le principal mobile des promoteurs de la théorie[1]. En effet il n'y a rien de successoral dans la vente d'un bien présent avec désaisissement immédiat du disposant et payement à terme du prix[2].

Par ailleurs, l'analyse rend compte de la dispense de rapport des fruits et intérêts produits par l'objet de l'avancement d'hoirie avant le décès (art. 856 C.civ.)[3]. En effet une dette à terme ne porte pas intérêt de plein droit. La théorie proposée explique aussi que soit dû le rapport des fruits et intérêts lorsqu'ils constituent eux-mêmes l'objet de l'aliénation.

470[1]. *V.* cependant un arrêt isolé: Bordeaux 29 juin 1951, *Belly*, G.P. Tables quinquennales 1951.1955, *V° Successions* n° 111, qui qualifie l'acte de pacte sur succession future. M. Savatier, obs. R.T.C. 1952.89, relève son erreur.

407[2]. Civ. 16 sept. 1940, *Roger*, J.C.P. 1940.2.1583, obs. Voirin, D.H. 1940.173.

470[3]. *Supra* n° 352-353.

470[4]. A la rigueur on peut admettre qu'il se place après le décès. Cette stipulation signifierait que le *de cujus* prohibe le partage, dont le payement du rapport est un élément, jusqu'à cette date. La stipulation serait valable (*v. supra* n° 112); mais l'interprétation en ce sens de la clause de la vente semble abusivement subtile. L'identification de l'avancement d'hoirie et de la vente doit se faire sur la base d'un payement dû à compter du décès.

470[5]. La production des intérêts peut être un indice efficace pour distinguer l'avancement d'hoirie de la vente ordinaire. Cf. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1943.2.2430-I. Toutefois il convient de réserver la possibilité pour le disposant d'imposer le rapport à forfait des fruits produits par le bien donné: ce rapport se présente comme des intérêts antérieurs au décès.

470[6]. Cf. Trib. Civ. Avignon 19 mai 1943, *Blanc*, J.C.P.N. 1943.2.2430, obs. Voirin; Civ. 15 déc. 1954, *Roucoulès*, Bull. Cass. Civ. 1954.1.310.

471[1]. Riom 9 déc. 1890, *De Clerval*, D. 1892.2.237; P. Dumas, rapport sur Req. 2 mars 1936, *d'Uzès*, D. 1936.1.111.

471[2]. Bevin, *Les nouveaux aspects de la théorie des pactes sur succession future*, thèse Paris 1942, p. 122.

471[3]. Voirin, obs. au J.C.P. 1941.2.1655 *in fine*.

Mais, malgré la séduction de l'argumentation, l'assimilation des deux opérations doit être rejetée. Elle ne résiste pas à un examen technique tant soit peu approfondi.

Section II

OBSTACLES A L'ASSIMILATION

472. — Les obstacles qui s'opposent à l'assimilation de l'avancement d'hoirie à la vente sont de deux types. Les uns surgissent sur des points de détail et sont proprement techniques. Les autres tiennent à un élément fondamental et évident de l'opération: le caractère éventuel de l'obligation de l'acquéreur.

§ 1. — Obstacles techniques.

473. — L'analyse de l'avancement d'hoirie en une vente bute sur des difficultés qui n'apparaissent pas au premier abord, mais qui sont prohibitives.

474. — L'obstacle le plus évident, encore que le moins juridique, est d'ordre fiscal. Si l'opération s'analyse en une vente, elle est soumise dès sa conclusion aux droits de mutation à titre onéreux, et, le cas échéant, à l'imposition des plus-values et à la taxe sur la valeur ajoutée. Or tel n'est pas le cas de l'avancement d'hoirie; et souvent l'héritier perdrait à la substitution de ces perceptions aux droits de mutation à titre gratuit.

Si l'on approfondit ce point, on s'aperçoit que l'analyse en vente aboutit au fond, plutôt qu'à une substitution de droits, à un véritable cumul des deux types d'imposition. Convenue entre vifs, l'opération donne d'abord ouverture au droit de vente lors de la transmission du bien au successible. Puis la créance du prix, non payé au décès, figurant dans la masse sucessorale, encourt de son côté le droit de succession[1]. Dans le cas de l'opération testamentaire, l'analyse proposée déclenche la perception du droit de succession sur le bien, qui est resté dans la masse, puis celle du droit de vente pour la réalisation de la faculté d'acquérir léguée[2].

474[1]. On peut ajouter que dans le cas, fréquent, de l'avancement d'hoirie avec réserve d'usufruit, outre le droit de vente, le droit de succession est perçu sur le bien lui-même au décès, en vertu de l'art. 45 de la loi du 13 juill. 1925 qui stipule que le bien vendu avec réserve d'usufruit à une personne qui devient héritière de l'aliénateur est présumé être resté dans la succession de ce dernier (art. 766 C.G.I.).

474[2]. Civ. 30 avr. 1884, *Bruyerre*, S. 1885.1.37.

Précisons que le légataire de la faculté d'acquérir n'est pas assujetti au droit de mutation à titre gratuit sur la valeur de l'option dont il bénéficie: Dictionnaire de l'Enregistrement n° 4152a.

475. — Sur le plan strictement juridique, l'assimilation rencontre des obstacles dès la formation du contrat.

La vente est consensuelle, alors que l'avancement d'hoirie est astreint aux formes des libéralités. Sans doute rien n'empêche de passer un contrat consensuel dans des formes solennelles. Mais dans le cas de l'avancement d'hoirie, si les formes spéciales des libéralités ne sont pas respectées, l'acte est nul pour vice de forme.

D'autre part, si l'opération s'analyse en une vente, elle ne peut pas être admise entre époux; ceux-ci ne peuvent se faire que des dations en payement. Or l'avancement d'hoirie entre époux se répand aujourd'hui, corrélativement à l'extension du droit successoral du conjoint survivant.

Ajoutons que lorsque le rapport ne correspond pas à la valeur du bien, de telle sorte que le déséquilibre dépasse les sept douzièmes, l'opération serait rescindable pour lésion. On n'y songe pas en matière d'avancement d'hoirie, où la seule intervention possible de la rescision se situe dans le partage, lorsqu'il y a lésion de plus du quart de la part complète d'un héritier.

476. — La divergence se manifeste aussi quant aux effets de l'acte.

Le transfert de propriété opéré par l'avancement d'hoirie risque de se trouver mis en question lorsque la disposition porte atteinte à la réserve des cohéritiers du disposant. La donation ou le legs peuvent subir une réduction en nature, qui les met partiellement à néant. La vente ne saurait encourir un tel reproche, car les actes onéreux échappent à l'emprise des règles de la réserve. Certes aujourd'hui la réduction s'effectue le plus souvent en valeur. Mais, même alors, comment expliquer ce supplément de prix — la réduction est proportionnelle — si l'avancement d'hoirie s'analyse en une vente? L'aspect libéral de l'acte transparaît.

Dans un domaine moins manifeste, l'obligation de garantie du vendeur est beaucoup plus complète que celle du disposant en avancement d'hoirie. Le vendeur doit la garantie de l'éviction et des vices. En cas d'avancement d'hoirie la seule garantie est celle du fait personnel, sauf lorsqu'il s'agit d'une constitution de dot (art. 1440 et 1547 C.civ.); encore dans ce dernier cas ne couvre-t-elle que l'éviction.

Par contre, les créanciers de l'obligation de rapport bénéficient, comme les créanciers d'un prix de vente, d'un privilège. Mais le rapprochement est très superficiel, car le privilège du copartageant et celui du vendeur n'ont pas la même assiette: l'un porte sur le bien vendu, alors que l'autre porte sur les biens attribués par le partage à l'héritier et non sur l'objet de l'avancement d'hoirie[1].

On pourrait encore approfondir cette opposition de détails. Elle est réelle, mais peu manifeste; car ces détails ne prennent leur importance le plus souvent que dans les cas pathologiques. L'opposition essentielle est celle qui affecte la naissance de l'obligation de l'héritier.

476[1]. *Supra* nº 236 et 238.

§ 2. — **Obstacle de fond: l'éventualité de l'obligation de l'acquéreur.**

477. — L'originalité principale de l'obligation du bénéficiaire de l'avancement d'hoirie tient à la possibilité pour celui-ci de ne pas être tenu au rapport, bien qu'il ait reçu le bien. Il suffit qu'il ne vienne pas à la succession, soit parce qu'il est primé par des héritiers plus proches, soit parce qu'il est indigne ou qu'il renonce. Il peut aussi ne pas se trouver obligé parce qu'il n'a pas de cohéritiers. Dans ce dernier cas, on peut expliquer la disparition de l'obligation de payer le prix par le jeu de la confusion: seul héritier, le débiteur bénéficie seul de sa créance contre lui-même. Mais dans les autres cas, le phénomène est inexplicable si l'on admet que l'on se trouve en présence d'une vente. L'opposition est catégorique entre l'avancement d'hoirie et la vente[1].

478. — Le disparition de l'obligation de l'acquéreur est absolument incompatible avec le régime du terme qu'on veut voir dans le décès. L'obligation à terme est certaine, son exécution est simplement retardée. D'ailleurs le terme tombe en cas de déconfiture du débiteur (art. 1188 C.civ.); or on ne saurait admettre que le rapport soit exécuté avant le décès. Le décès est donc autre chose qu'un terme. Ce n'est pas non plus l'arrivée d'une condition suspensive, car le transfert de propriété est immédiat et certain.

Certains auteurs ont pensé pouvoir éviter ces obstacles en substituant à l'analyse de l'avancement d'hoirie entre vifs en une vente, son analyse en une simple promesse de vente, en une option ouverte au successible[1], de même qu'en matière de legs. Cette thèse rend compte de la non-naissance de l'obligation de payer le prix au cas où l'acquéreur ne vient pas à la succession. En effet, alors il ne lève pas l'option, qu'il a acceptée par le contrat d'avancement d'hoirie ou par l'acceptation du legs de la promesse. Mais cette analyse bute sur l'existence du transfert

---

477[1]. Voirin, obs. au J.C.P. 1956.2.9457-II; Hébraud, *Des contrats passés entre un futur de cujus et son héritier présomptif*, Mélanges Savatier, Paris 1965, p. 352 note 4.

Civ. 9 janv. 1856, *Midy*, D. 1856.1.12, note anonyme, S. 1856.1.540.

Cet arrêt met bien en évidence le fondement de la distinction: l'éventualité de l'obligation de l'acquéreur. Mais il voit cette éventualité surtout dans l'absence possible de cohéritiers, ce qui n'est pas probant, et dans la disparition possible du rapport en cas de perte fortuite des biens, ce qui est erroné lorsque le montant du rapport est fixe, ainsi que c'était le cas en l'espèce.

En outre, cette décision tire la certitude du caractère non onéreux de l'acte de l'existence d'un préciput portant sur la différence entre *prix* et valeur réelle. C'est inexact, car il y aurait pu y avoir véritable vente à concurrence de la somme dûe par l'héritier.

Cet arrêt encourt enfin et surtout la critique, parce qu'en l'espèce rien n'indiquait que l'obligation fût éventuelle. Il existait un véritable terme: 3 ans après le décès. Il peut y avoir vente dans des circonstances ressemblant à celles du rapport, bien qu'avancement d'hoirie et vente ne se confondent pas.

478[1]. Catala, th. cit. 468[6], n° 132, note 3 p. 180.

de propriété. Le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie devient propriétaire alors qu'il na pas encore levé l'option, et, pis encore, alors même qu'il renonce à la succession, c'est-à-dire refuse nettement de lever l'option.

479. — C'est le caractère éventuel de l'obligation de l'acquéreur qui fait échouer toute assimilation de l'avancement d'hoirie à la vente. Cette originalité est incompatible avec le régime de l'obligation intégrée dans un contrat de vente. Par conséquent, d'une part il est impossible de découvrir une vente sous un avancement d'hoirie, et d'autre part, il est impossible de reconnaître un avancement d'hoirie sous l'aspect d'une vente dont le prix doit être payé dans des conditions normales[1].

Outre les obstacles bien précis que nous venons de relever, il existe une objection majeure d'ordre plus général à l'analyse de l'avancement d'hoirie en vente: cette opération ne présente nullement le comportement d'un acte à titre onéreux. Elle apparaît comme une libéralité. Et c'est de ce côté que doit se porter la recherche de la nature technique de l'institution.

479[1]. Sous la vente, on peut à la rigueur découvrir un partage d'ascendant avec soulte payable à terme. Cf. Req. 21 juill. 1931, *Fossard*, S. 1932.1.85. Car la soulte est dûe à tout événement.

CHAPITRE II

AVANCEMENT D'HOIRIE ET LIBÉRALITÉ AVEC CHARGE

480. — L'échec de l'analyse de l'avancement d'hoirie en une vente à successible suggère que l'opération se situe en dehors du cercle des actes à titre onéreux. Effectivement, si l'on prend en considération les apparences, l'avancement d'hoirie se présente comme un acte à titre gratuit. Ne parle-t-on pas classiquement de libéralité en avancement d'hoirie ? Mais une étiquette ne suffit pas à décider de la nature d'un acte juridique. L'existence de l'obligation de rapport, élément caractéristique de l'opération, incite à la réticence. Cette prestation en sens inverse du transfert de propriété paraît correspondre fort mal à l'idée de libéralité ; c'est d'ailleurs pourquoi la théorie de la vente vient la première à l'esprit du technicien. Il convient donc de ne pas s'arrêter aux premières constatations, favorables à la qualification de libéralité. Il faut confronter l'obligation de rapport avec les caractéristiques des dispositions à titre gratuit, et essayer de l'intégrer dans le schéma traditionnel de la libéralité. La notion de charge paraît permettre l'union que nous recherchons. L'avancement d'hoirie serait une libéralité avec charge. Mais cette affirmation doit être vérifiée soigneusement ; or une forte résistance technique se révèle à l'examen.

L'enjeu de la confrontation de l'avancement d'hoirie avec la libéralité avec charge est la confirmation ou l'infirmation de l'idée bien acquise que l'avancement d'hoirie constitue une libéralité. C'est dire son importance cruciale.

La méthode progressive s'impose pour l'examen du problème, passant des évidences aux subtilités techniques.

SECTION I : *Régime de l'avancement d'hoirie, régime de libéralité.*

SECTION II : *Les éléments de la libéralité et l'intervention de la charge.*

SECTION III : *Echec de l'assimilation à la libéralité avec charge.*

SECTION I

RÉGIME DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE, RÉGIME DE LIBÉRALITÉ

481. — Les manifestations les plus apparentes du régime de l'avancement d'hoirie confirment la qualification de libéralité qui est traditionnellement attribuée à l'acte. Il n'y a pas de discordance entre l'allure générale de l'acte et la qualification qu'on envisage de lui conférer. Toutefois il faut se garder de tirer de cet état de choses une preuve: c'est une confirmation, peut-être, mais non une justification. Ce double aspect du régime de l'avancement d'hoirie apparaît tant dans la formation de l'acte que dans ses effets.

§ 1. — Formation de l'avancement d'hoirie.

482. — L'avancement d'hoirie adopte le moule des libéralités.

Le disposant confère, très généralement, à son acte la qualification de don ou de legs: « je donne en avancement d'hoirie », « je lègue en avancement d'hoirie ».

On applique, sans hésiter, à l'acte les conditions de formation requises des dons et legs.

Il est admis que les règles de capacité, tant active que passive, sont celles des libéralités[1]. On fait jouer l'incapacité pénale de recevoir et de disposer de l'article 3 de la loi du 31 mai 1854 sur les peines afflictives perpétuelles, l'incapacité civile de disposer du mineur et de celui qui n'est pas sain d'esprit, les incapacités relatives de disposer et de recevoir des articles 907, 908, 909 et 995 du Code Civil. Outre ces incapacités de jouissance, les incapacités d'exercice de droit commun se manifestent

---

482[1]. *V. supra* n° 251.

du côté du gratifié; et elles sont sanctionnées, en matière de donations du moins, par la nullité absolue et non par la nullité relative, car l'acceptation d'une donation est une règle de forme[2].

Les règles de forme des libéralités s'appliquent, sans aucun doute. La donation en avancement d'hoirie exige la rédaction d'un acte notarié (art. 931 C.civ.), l'acceptation expresse du donataire (art. 932 C.civ.), l'établissement d'un état estimatif des meubles (art. 948 C.civ.). La seule exception se présente lorsqu'il s'agit d'une donation déguisée, indirecte, ou d'un don manuel; mais le plus souvent dans ces circonstances il y a préciput. Le legs en avancement d'hoirie doit être fait dans l'une des trois formes consacrées pour les testaments.

Il n'est pas douteux non plus que l'avancement d'hoirie subit les causes de révocation de toute libéralité. La donation peut être anéantie par le retour conventionnel, ou pour inexécution des charges, ingratitude, survenance d'enfant au donateur (dans ce cas, le gratifié n'étant plus héritier, de toute façon il n'y a plus avancement d'hoirie). Le legs peut être révoqué par le testateur, ou judiciairement pour inexécution des charges ou ingratitude.

L'identification de l'avancement d'hoirie à une libéralité est donc indiscutée.

483. — Mais l'amas des constatations ne suffit pas à prouver que l'avancement d'hoirie est effectivement une libéralité. Car tous ces points du régime de formation de l'opération constituent, dans un fonctionnement normal de l'institution, la suite naturelle de la qualification de libéralité attribuée *a priori* à l'avancement d'hoirie. Le disposant, qui déclare faire une libéralité, en respecte normalement les règles de formation. Si bien qu'on ne s'interroge pas sur l'exactitude de la qualification pour savoir si ces règles devaient être respectées. Elles le sont et ne soulèvent pas de difficulté en pratique.

Les cas pathologiques, qui amènent à s'interroger sur la nature de l'acte, sont rares en ce domaine. On ne trouve pas de jurisprudence sur la formation de l'acte d'avancement d'hoirie, et on le comprend. S'il s'agit d'une donation, ou bien l'acte est notarié, donc correct dans sa forme, ou bien il n'est pas formaliste, donc peu susceptible d'être critiqué. S'il s'agit d'un testament, qu'il contienne une disposition à titre gratuit ou à titre onéreux, les règles de forme sont les mêmes. Le seul point pouvant donner lieu à des contestations est la capacité; mais en cette matière les règles des libéralités coïncident dans une large mesure avec celles des actes de disposition onéreux. Les cas dans lesquels se marque la différence sont rares en pratique.

Quant aux causes de révocation, elles seraient à peu près aussi efficaces si l'avancement d'hoirie était onéreux. Le retour conventionnel s'analyse en une condition résolutoire, qui jouerait comme telle dans un

---

482[2]. Beudant-Voirin, t. VI, n° 102.

acte à titre onéreux. L'ingratitude rend assez souvent le successible indigne d'être héritier, donc s'oppose à ce que l'acte soit un avancement d'hoirie. La survenance d'un enfant au donateur se manifeste rarement, car l'avancement d'hoirie est généralement adressé aux descendants. Reste l'inexécution des charges.

Sur un plan plus général, il est reconnu que la qualification de libéralité donnée à un acte par les parties et le respect des formes des dons et legs n'ont pas une valeur distinctive suffisante[1]. Ces éléments ne sauraient prévaloir contre la nature réelle de l'acte. Tout au plus créent-ils une présomption de gratuité, soumise à une vérification de fond.

Les effets de l'avancement d'hoirie semblent constituer une indication plus probante.

§ 2. — Effets de l'avancement d'hoirie.

484. — Deux des effets des libéralités sont particulièrement caractéristiques: l'irrévocabilité des donations, et les relations de la disposition avec la partie réservée de la succession du disposant. C'est à ces traits que nous nous attacherons, car ce sont les seuls sur lesquels il existe une jurisprudence relative à l'avancement d'hoirie. Sur les autres points du régime des libéralités, on ne rencontre que des positions doctrinales, qui relèvent de la tautologie, car elles partent du principe que l'avancement d'hoirie est une libéralité, pour en déduire la production des effets correspondants.

485. — L'irrévocabilité d'une donation consiste en l'impossibilité pour le donateur de se réserver dans l'acte le moyen direct ou indirect de revenir sur la donation[1]. Elle constitue un trait caractéristique de la donation, car elle s'applique avec rigueur à ce seul contrat. L'unique exception est celle des donations par contrat de mariage: l'institution contractuelle peut porter sur des biens à venir, qu'il dépend du donateur de ne pas acquérir; et la constitution de dot peut contenir la réserve au profit du donateur du droit de disposer de certains des biens donnés (art. 1086 C.civ.), mais encore faut-il que la réserve soit expresse.

L'irrévocabilité doit donc se manifester à propos de l'avancement d'hoirie, si celui-ci est une libéralité. Les institutions contractuelles sont rarement assorties d'une clause de rapport; car le plus souvent elles portent sur des quotités de la succession à venir de l'instituant, et un rapport les rendrait parfaitement inutiles. Quant aux constitutions de dot, elles sont souvent faites en avancement d'hoirie; mais en général

---

483[1]. Beudant-Voirin, t. VI, n°8.

485[1]. Beudant-Voirin, t. VI, n° 27; Ripert et Boulanger, t. 4, n° 3555 et suivants.

elles ne contiennent aucune réserve apparente de révocabilité. D'ailleurs la plupart des avancements d'hoirie se situent en dehors de ces deux catégories privilégiées de donations.

Les clauses classiques qui défient l'irrévocabilité ne se rencontrent guère en matière d'avancement d'hoirie. Pendant longtemps l'existence du rapport en nature leur a enlevé tout intérêt. C'est ainsi que la donation à cause de mort, ou la donation de biens à venir, ne sortaient leur effet qu'à l'instant où le rapport les anéantissait. Avec la généralisation du rapport en valeur, la tentation d'introduire ces stipulations dans l'avancement d'hoirie eût pu se manifester; mais la pratique semble en avoir compris la vanité. Aussi n'est-ce pas sur ce point qu'on trouve une jurisprudence relative à l'irrévocabilité de l'avancement d'hoirie.

C'est dans la clause de rapport elle-même, qui est censée issue de la volonté du donateur, que réside le ferment d'une atteinte à l'irrévocabilité. C'est sur l'effet du rapport quant à la «révocation» de l'avancement d'hoirie que s'est penchée la jurisprudence. Il s'agissait de savoir si par une conséquence du mécanisme du rapport le donateur pouvait disposer une nouvelle fois des biens donnés et rapportés. Et c'est à cette occasion que les arrêts ont proclamé l'irrévocabilité de l'avancement d'hoirie.

Au début du XIXe siècle, il y eut quelques doutes. Certaines décisions affirmèrent que l'avancement d'hoirie ne devient irrévocable que lorsque le donataire renonce à la succession du donateur[2-3]. Mais dès 1838 la reconnaissance de l'irrévocabilité est nette et générale[4]. Son application est parfois d'une pertinence douteuse; parfois aussi elle est incontestable. En tous cas le principe est absolu.

L'application la plus connue est celle qui conduit une partie de la jurisprudence et de la doctrine à décider, à tort selon nous[5], l'imputation sur la quotité disponible de l'avancement d'hoirie qui excède la part de réserve du gratifié[6]. Car l'imputation sur la réserve globale obligerait le donataire en avancement d'hoirie à fournir sur ses biens personnels leur réserve à ses cohéritiers, diminuant ainsi le bénéfice tiré de l'avancement d'hoirie, pour laisser le champ libre à de nouvelles dispositions du donateur sur les biens existants.

Le raisonnement des premiers arrêts n'était d'ailleurs pas aussi précis. Ceux-ci ne concevaient pas que l'avancement d'hoirie pût s'imputer

---

485[2]. *V.* les références dans WAYMEL, *De l'imputation des libéralités faites à un héritier acceptant*, thèse Lille 1933.

485[3]. Cpr. la confusion plus récente entre l'incommutablité issue du rapport en valeur et l'irrévocabilité: supra n° 65-66. La tendance a toujours existé de confondre la révocabilité et le caractère provisoire de la transmission de propriété, dû au rapport en nature. Cela explique l'erreur des premiers arrêts, rendus à une époque où on ne concevait pratiquement que le rapport en nature.

485[4]. Civ. 2 mai 1838, *Fédas*, S. 1838.1.385.

485[5]. *Supra* n° 49-57.

485[6]. *V. supra* n° 44-45: les références de doctrine et de jurisprudence.

sur la réserve globale. Ils estimaient simplement que l'exécution intégrale d'un legs de la quotité disponible amène nécessairement l'amputation directe de l'avancement d'hoirie[7]. Mais le résultat était le même.

La jurisprudence primitive décidait également, en vertu du principe de l'irrévocabilité, que l'avancement d'hoirie débordant sur la quotité disponible ne se répartissait pas entre les héritiers par le jeu du rapport. Car, jugeait-elle, si par des libéralités préciputaires postérieures le disposant a diminué les droits de ses héritiers *ab intestat* dans la succession, du fait de l'irrévocabilité de la gratification en avancement d'hoirie cette diminution ne peut pas atteindre les droits du donataire fournis par le don; elle doit jouer uniquement au détriment des autres héritiers; et il n'est pas possible de faire bénéficier les cohéritiers d'une répartition de l'avancement d'hoirie sans renverser cette déduction logique...[8]. La théorie de l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible a aujourd'hui abandonné ce système, qui tranformait l'avancement d'hoirie en préciput[8]. Il n'en demeure pas moins que l'irrévocabilité avait conduit à une erreur flagrante.

Il convient de remarquer que les résultats de l'irrévocabilité coïncident dans une large mesure avec ceux de la règle de l'article 857 du Code Civil, qui réserve le bénéfice du rapport aux héritiers, et en exclut par conséquent les donataires et légataires. Un certain nombre de traits du régime de l'avancement d'hoirie peuvent être attribués indifféremment à l'un ou à l'autre de ces principes. Ainsi, pour décider que le montant d'un avancement d'hoirie, même non encore payé lors du décès, ne doit pas figurer dans la base de calcul du legs d'une quotité de la succession, certains arrêts arguent qu'adopter la solution contraire serait permettre au disposant de revenir sur la donation irrévocable[9].

Capitant estimait que l'article 857 est une conséquence du principe de l'irrévocabilité[10]. Par ses libéralités postérieures le donateur ne peut pas porter atteinte aux donations en avancement d'hoirie, bien qu'il en ait prescrit le rapport à sa succession; donc les gratifiés postérieurs ne peuvent pas profiter du rapport. C'est oublier que le champ de l'article 857 déborde le cadre de l'irrévocabilité. Notamment il s'applique aux legs en avancement d'hoirie, qui ne sont pas irrévocables. La raison d'être de l'article 857 réside dans le but du rapport: la protection des cohéritiers et d'eux seuls.

485[7]. Civ. 2 mai 1838, *Fédas*, S. 1838.1.385; Civ. 3 août 1870, *De Baroncelli*, S. 1870.1.393, D. 1872.1.356, et, sur renvoi, Grenoble 22 fév. 1871, D. 1872.2.181, S. 1873.2.48.

Cette vue simpliste était justifiée par le fait que dans les premières espèces soumises aux tribunaux, les avancements d'hoirie portaient sur des sommes d'argent payables au décès, et donc non payées si l'actif successoral sert à exécuter un legs préciputaire.

485[8]. *V. supra* nº 48.

485[9]. Civ. 30 août 1881, *Primard*, S. 1883.1.448.

485[10]. Capitant, *De l'imputation et du rapport du don en avancement d'hoirie fait à un héritier réservataire qui accepte la succession*, Annales de l'Univ. de Grenoble, t. 13, 1901, p. 524.

L'irrévocabilité de l'avancement d'hoirie est caractéristique de l'existence de la libéralité, mais elle ne concerne que les donations. L'application des règles de la réserve est un trait plus général.

486. — Il n'est nullement douteux que l'avancement d'hoirie soit soumis au régime des libéralités quant à ses relatations avec la réserve de la succession du disposant.

L'avancement d'hoirie figure incontestablement dans la masse de calcul de la réserve prévue par l'article 922 du Code Civil, au même titre que les préciputs[1]. L'arrêt *Saint-Arroman* rendu par les Chambres Réunies de la Cour de Cassation dès 1826 a réglé la question avec autorité. Et, si l'avancement d'hoirie entame la réserve des cohéritiers du gratifié, il subit la réduction comme toute libéralité[2].

Sans doute l'avancement d'hoirie fait-il échec aux règles d'attribution de la réserve en nature, dans la mesure où il est un allotissement intangible, c'est-à-dire à concurrence de la part de réserve de son bénéficiaire[3]. L'avancement d'hoirie peut déséquilibrer gravement la répartition de la masse réservée entre les ayants-droit, tant en qualité qu'en quantité. Mais il s'agit là d'une exception limitée, imposée par la fonction même de l'avancement d'hoirie, qui est une avance sur les droits successoraux du gratifié. Elle ne met pas en péril le principe fondamental illustré par la réductibilité de la disposition.

L'intervention des règles de la réserve démontre que l'avancement d'hoirie est un acte à titre gratuit. Car ces règles ne protègent les héritiers que contre de tels actes. Il existe une théorie selon laquelle certains actes onéreux seraient assujettis au respect des principes de la réserve[4]. Mais elle se limite à réclamer de ces actes qu'ils n'empêchent pas la fourniture de la réserve des héritiers en corps héréditaires. Or cette dernière règle est largement rejetée en matière d'avancement d'hoirie. D'autre part la théorie ne vise que les actes onéreux qui ne sortent leurs effets qu'après le décès du *de cujus*, dont le type est la clause commerciale[5]. Or il est rare qu'un avancement d'hoirie, du moins entre vifs, ne produise effet qu'au décès, Surtout, cette théorie n'a jamais été consacrée par la jurisprudence française et elle est rejetée par la quasi-unanimité de la doctrine[6]. L'application des règles de la réserve est donc probante quant au caractère de l'avancement d'hoirie.

486[1]. *Supra* n° 168-171.
486[2]. *Supra* n° 198-209.
486[3]. *Supra* n° 181-197.
486[4]. Capitant, note au D. 1923.2.3 ; De Page, t. VIII-2, n° 1408-B.
486[5]. Plus précisément la variété dite *clause de prélèvement sur prisée*, qui était annulée comme pacte sur succession future, jusqu'à la L. du 13 juill. 1965 (art. 1390 C.civ.)
486[6]. Cf. Jeantet, *Le droit à la réserve en nature*, thèse Paris 1939, n° 167.

L'imputation de l'avancement d'hoirie constitue une autre manifestation des relations de l'acte avec la réserve. Il s'agit de situer l'opération par rapport au pouvoir de disposer du *de cujus* et à sa limite, la réserve. L'avancement d'hoirie s'impute sur la part réservée du gratifié, et, s'il excède cette part, sur la quotité disponible à concurrence de l'excédent ou sur la réserve globale, selon la théorie que l'on adopte. La question de l'imputation subsidiaire est d'ailleurs secondaire ici. C'est le principe de l'imputation, même partielle, sur la réserve, qui pose un problème délicat quant à la nature de l'avancement d'hoirie. Car les libéralités s'imputent sur la quotité disponible, qui est, par définition, la partie de son patrimoine dont le défunt peut librement disposer à titre gratuit. On est donc saisi de doutes sur le caractère libéral de l'avancement d'hoirie[7]. Mais l'avancement d'hoirie conserve toujours vocation à s'imputer sur la quotité disponible. Dans l'un des systèmes d'imputation, la quotité disponible est utilisée dès que l'avance dépasse la part de réserve du gratifié; dans l'autre, l'imputation sur la quotité disponible joue lorsque l'avancement d'hoirie excède la réserve globale[8].

De plus, la non-imputation sur la quotité disponible ne renvoie pas à la qualification d'acte onéreux. L'existence même d'une imputation s'y oppose. Car les actes onéreux sont indifférents à la réserve; ils ne posent donc aucun problème d'imputation sur la réserve ou sur la quotité disponible. Ils font définitivement sortir le bien de la succession et ils ne sont pas confrontés avec les limites du droit de disposer du *de cujus*. Seuls les actes gratuits subissent le contrôle qu'est l'imputation.

487. — Par son régime l'avancement d'hoirie se rattache incontestablement aux actes à titre gratuit. Son irrévocabilité est caractéristique de la donation, l'application des règles de la réserve est caractéristique de la libéralité. Le seul point qui suscite le doute, l'imputation sur la masse réservée, n'incite pas à opter pour la qualification d'acte onéreux, mais pour une solution neutre. Le bilan est favorable à l'analyse en un acte libéral.

Cependant le résultat de cet examen ne saurait emporter la décision quant à la qualification absolue de l'avancement d'hoirie. Car les notions d'acte à titre gratuit et d'acte à titre onéreux sont relatives[1]. Le régime des actes à titre gratuit ne constitue pas un révélateur infaillible de la nature de l'acte, du moins quand il n'est pas possible de constater qu'il s'applique à tous les problèmes soulevés par l'opération. La jurisprudence a tendance à appliquer les règles des libéralités aux situations qui répondent à leur raison d'être, même si par ailleurs l'acte apparaît onéreux[2]. C'est

---

486[7]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1943.2.2430-I; Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, t. 4, 1963, n° 1700 et 1703.

486[8]. J. Mazeaud, étude au R.G.N. 1964 art. 28556 n° 6.

487[1]. Beudant-Voirin, t. VI, n° 10.

487[2]. Beudant-Voirin, *loc. cit.*; Planiol et Ripert, t. 5 par Trasbot et Loussouarn, n° 340.

ainsi, par exemple, que la fondation de messes, acte onéreux, est soumise à la réduction, parce qu'il importe d'assurer la protection des héritiers contre cette source d'amoindrissement non rentable du patrimoine. La seule conclusion que l'on peut tirer de l'application du régime des libéralités, lorsqu'il n'est pas absolument exclusif, c'est que l'acte n'est pas purement onéreux. En ce qui concerne l'avancement d'hoirie, cette appréciation vient confirmer le rejet de la qualification de l'opération en une vente; mais elle nous laisse dans l'incertitude quant à la nature exacte de l'acte.

Le caractère libéral de l'acte ne peut ressortir que d'une analyse des éléments de celui-ci.

Section II

LES ÉLÉMENTS DE LA LIBÉRALITÉ ET L'INTERVENTION DE LA CHARGE

488. — L'acte à titre gratuit se définit par l'existence de composantes irréductibles. Sont-elles présentes dans l'avancement d'hoirie? La réponse n'est pas évidente. Mais un tel manque de netteté dans la structure de l'acte n'exclut pas nécessairement le caractère gratuit, car les composantes de la libéralité peuvent subir des assouplissements: l'imposition d'une charge rapproche la libéralité de l'acte onéreux, sans lui faire perdre sa nature; or l'idée de charge paraît bien s'adapter à l'avancement d'hoirie. Cependant l'intervention d'une charge doit être limitée: il conviendra donc de prendre la mesure exacte de l'ampleur de l'altération apportée au caractère gratuit de l'avancement d'hoirie.

§ 1. — Les composantes de la libéralité.

489. — L'acte de disposition à titre gratuit se définit classiquement par la combinaison de deux éléments: un élément psychologique, l'intention libérale du disposant, et un élément économique, l'avantage sans équivalent au profit du gratifié. Ces éléments se rencontrent-ils dans l'avancement d'hoirie?

A. — L'élément intentionnel :

490. — L'*animus donandi* est une notion à laquelle toute analyse d'une libéralité fait appel. Il oppose celle-ci à l'enrichissement sans cause. Mais son contenu reste mystérieux. Il existe deux grandes conceptions.

Pour l'une, il s'agit de la volonté du disposant de ne pas obtenir d'équivalent à la prestation qu'il fournit; pour l'autre, il s'agit de la volonté de préférer autrui à soi-même[1].

Quoi qu'il en soit de sa nature, on s'accorde à reconnaître que l'intention libérale existe dans l'avancement d'hoirie. Mais on peut se demander si cette reconnaissance est autre chose qu'une pétition de principe. Car la doctrine est tellement certaine que l'avancement d'hoirie est une libéralité qu'elle y découvre nécessairement l'élément constitutif intentionnel...[2]. L'intention libérale n'est pas exprimée dans l'avancement d'hoirie autrement que par la formule, «je donne» ou «je lègue», qui, nous l'avons noté, n'est pas probante en soi.

Le seul point évident est que le disposant n'est pas animé d'un esprit spéculatif. Mais il existe des actes onéreux non spéculatifs. L'esprit spéculatif semble propre aux actes onéreux à coloration commerciale.

Positivement, l'esprit libéral du disposant n'apparaît que lorsque l'avancement d'hoirie se transforme en préciput par la non venue du gratifié à la succession, et lorsque le rapport forfaitaire est inférieur au rapport normal. Mais l'apparence est fallacieuse. Car, d'une part, l'intention libérale est douteuse en cas de rapport forfaitaire, l'idée de préciput est très artificielle, il y a plutôt aléa[3]. D'autre part et surtout, il est sans intérêt de découvrir l'intention libérale alors que l'acte se révèle n'être plus un avancement d'hoirie, parce que le rapport est insuffisant ou qu'il disparaît totalement.

De façon générale, l'élément intentionnel d'une libéralité peut difficilement être saisi en lui-même. Il ne ressort guère que du contexte de l'acte. Pratiquement son existence n'est certaine que lorsque l'élément matériel, le seul tangible, est présent. C'est celui-ci qui est le révélateur essentiel de la libéralité[4].

B. — L'élément matériel :

491. — L'élément matériel d'une libéralité consiste en l'avantage sans contrepartie que recueille le gratifié, et, inversement, en l'appauvrissement sans compensation du disposant.

Enrichissement et appauvrissement correspondent exactement en règle générale, de sorte que l'on peut se contenter de rechercher l'un d'eux: l'avantage du gratifié le plus souvent, car il est plus facile à apprécier.

490[1]. *V.* sur ces questions: Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse Toulouse 1955, éd. Paris 1955, nº 152-160.

490[2]. *V.* p. ex. le raisonnement typique de M. Bevin, *Les nouveaux aspects de la théorie des pactes sur succession future*, thèse Paris 1942, pp. 122-123.

490[3]. *Supra* nº 158 et 162.

490[4]. *Contra*: Hébraud, art. cit. 460[4], Mélanges Savatier, pp. 360-363, qui, de façon originale, admet l'élimination de l'élément objectif pour l'appréciation du caractère gratuit des pactes de famille.

Une étude parallèle des deux aspects de l'élément matériel n'est utile que lorsqu'il s'agit de déterminer si l'on doit appliquer à la disposition l'une des règles des libéralités qui ne trouve sa raison d'être que dans l'un de ces aspects. C'est ainsi qu'en ce qui concerne la question de la réduction, il faut se fier à l'appauvrissement du donateur, car il s'agit de respecter une quotité indisponible de la fortune de celui-ci. En matière de rapport, il semble qu'il faut plutôt s'attacher à l'enrichissement du donataire ou légataire, car le but de l'institution est d'éviter que l'héritier gratifié n'obtienne davantage que ses cohéritiers[1].

L'avantage doit avoir une consistance économique. Il faut qu'il soit objectif, et non subjectif, c'est-à-dire d'ordre purement moral.

492. — Où réside l'avantage dans l'avancement d'hoirie ? Le rapport, obligation du gratifié envers la succession, est une prestation en sens inverse du transfert de propriété. Mais l'élément matériel de la libéralité peut s'accommoder de l'existence d'une contre-prestation : c'est l'hypothèse de la libéralité avec charge. L'acte de disposition reste alors à titre gratuit, pourvu que la charge laisse subsister un avantage, si minime soit-il. Tel pourrait être le cas de l'avancement d'hoirie.

§ 2. — L'idée de rapport-charge.

493. — La conception selon laquelle le rapport est une charge qui affecte la libéralité est assez répandue.

Bien entendu on ne saurait se fier à l'usage du terme « charge » dans les formules d'avancement d'hoirie : « je donne à charge de rapport ». Il ne s'agit pas alors d'une désignation juridique du rapport, mais d'un emploi de l'expression dans son sens vulgaire. Cependant cet usage a parfois entraîné des plaideurs à faire le rapprochement entre l'avancement d'hoirie et la libéralité avec charge[1], mais sans appuyer leurs prétentions sur un examen réfléchi ; de sorte que la jurisprudence n'a jamais eu à se prononcer sur l'efficacité cette analyse.

Le phénomène marquant est que l'idée a été retenue par la Cour de Cassation, dans l'arrêt *d'Uzès* de 1936[2], sans que les plaideurs la sollicitent. Pour dégager l'avancement d'hoirie de la menace de la qualification de pacte sur succession future, la Cour l'analyse en transfert de propriété incommutable entre le *de cujus* et son héritier, accompagné

491[1]. Voirin, obs. au J.C.P. 1941.2.1965 § 1 ; cpr. Flour, note au D.C. 1943.104-III.

493[1]. Trib. Civ. Le Havre 23 oct. 1908, *Dubosc*, sous Req. 13 avr. 1910, S. 1913.1.41.

493[2]. Req. 2 mars 1936, *De Crussol d'Uzès*, D. 1936.1.111, rapport Dumas, S. 1936.1.189, G.P. 1936.2.155, obs. Savatier R.T.C. 1936.714 ; de même : Trib. Civ. St-Etienne 14 oct. 1937, *Robert*, R.G.N. 1938 art. 25099.

de « telle charge ou telle obligation convenue entre eux, et spécialement le payement à la succession, sous forme de rapport, d'une somme déterminée d'après la valeur de la chose donnée ou à forfait ». En cela l'arrêt suit le rapport du Conseiller DUMAS, particulièrement net : « (le disposant) fait en réalité une donation avec charge,... étant stipulé que la charge... sera exigible seulement au décès du donateur... et au profit de son hérédité ».

On peut trouver une autre manifestation de la tendance jurisprudentielle à rapprocher le rapport d'une charge dans le fameux arrêt *Gougay* rendu par la Cour de Rennes en 1944[3]. Celui-ci analysait l'opération litigieuse, qualifiée par les parties de donation-partage avec soulte, en une donation avec charges, alors que finalement il se révéla qu'il s'agissait d'une donation pure et simple, sujette au mécanisme ordinaire de la réduction[4]. Si le *de cujus* n'avait pas entendu expressément ramener la part de ses héritiers non gratifiés à leur réserve, au lieu de la réduction c'eût été le rapport qui eût joué. La confusion se serait produite, non entre réduction et charge, mais entre rapport et charge. Et elle aurait été beaucoup plus difficile à dénoncer, car le rapport est un mécanisme d'origine volontaire comme la charge, alors que la réduction est un phénomène purement légal[5].

Il est également significatif que certains praticiens suggèrent l'emploi de la libéralité avec charge pour obtenir le résultat de l'avancement d'hoirie dans des cas où le rapport n'est pas prévu par la loi[6]. Ainsi, pour opérer une attribution à l'un de ses légataires universels sans le favoriser par rapport aux autres, le disposant se voit conseiller de lui faire une libéralité portant sur le bien, assortie de la charge de verser une somme correspondante aux colégataires universels. Et c'est effectivement en une libéralité avec charge que le seul arrêt qui ait admis le rapport aux légataires universels analyse l'avancement d'hoirie[7].

494. — L'analyse de l'avancement d'hoirie en une donation ou en un legs avec charge est très cohérente.

Elle s'adapte à chacune des thèses en présence quant à la détermination du créancier de l'obligation de rapport[1]. La charge peut être établie au profit de tiers : cela satisfait ceux qui voient dans les cohéritiers,

---

493[3]. Rennes 4 mai 1944, *Gougay*, relaté par Civ. 8 déc. 1948, D. 1949.J.145, J.C.P. 1949.2.4652. S. 1949.1.163.

493[4]. Angers 11 janv. 1950, *Gougay*, J.C.P. 1950.2.5297, D. 1951.J.493, note LALOU.

493[5]. Cf. VOIRIN, obs. au J.C.P. 1957.2.10055-III *in fine*, sous Civ. 5 janv. 1956, *Gougay*.

493[6]. DEPIERROIS, *...Legs à titre universel contenant attribution d'immeubles à certains légataires...*, R.G.N. 1956 art. 27470, pp. 260-261.

493[7]. Req. 26 juin 1905, *Guyard*, D. 1906.1.425, note anonyme, S. 1907.1.217, note NAQUET.

494[1]. *V. supra* n° 425-428.

étrangers à l'avancement d'hoirie, les créanciers initiaux du rapport[2]. Ce type de charge est d'ailleurs fort proche de la stipulation pour autrui[3], que nous avons présentée à propos de cette position. La charge peut aussi être établie au profit du disposant lui-même, et bénéficier à ses héritiers en vertu de la dévolution héréditaire. Cela correspond à la théorie de la transmission successorale de la créance de rapport.

L'analyse du rapport en une charge répondrait aussi à une certaine tendance qui reproche à l'avancement d'hoirie une sorte de manquement à l'irrévocabilité des donations[4]. Certes cette position est inexacte: l'avancement d'hoirie est absolument irrévocable; la donation avec charge aussi d'ailleurs. Cependant ce mouvement trouverait une excuse dans la façon dont la loi traite les charges: elle les présente comme une sorte d'exception au principe de l'irrévocabilité (art. 953, 954 C.civ.). Et en même temps la loi lèverait les scrupules des défenseurs de l'irrévocabilité, car elle autorise les charges[5].

La disparition de l'obligation du gratifié, au cas où il ne vient pas à la succession du disposant ou n'a pas de cohéritiers, ne constituerait pas un obstacle à l'analyse. Il suffit de préciser que la charge est aléatoire, ainsi que le fait un arrêt[4]. La charge, qui ne doit s'exécuter qu'après le décès, est soumise à une éventualité qui se réalise à cette époque.

L'assimilation du rapport à la charge semble donc fort satisfaisante. Mais pour que l'acte reste une libéralité, il faut que la charge laisse subsister l'avantage du gratifié. En matière d'avancement d'hoirie, l'obstacle ne gît-il pas là?

§ 3. — Recherche de l'avantage du gratifié.

495. — L'existence de la charge ne doit pas faire disparaître l'avantage de l'acte pour son bénéficiaire. Sinon il n'y a plus libéralité avec charge, mais acte onéreux. La subsistance d'un avantage minime suffit à conserver à l'acte son caractère libéral. La transition est insensible.

C'est pourquoi, après avoir constaté l'antagonisme évident entre le rapport de la reconnaissance d'une libéralité dans l'avancement d'hoirie, il conviendra de rechercher s'il n'existe pas cependant un avantage subtil et peu évident.

494[2]. Et cela rend aisément compte de l'art. 857 C.civ., qui exclut les créanciers du *de cujus* du bénéfice du rapport. Si la charge n'est pas établie au profit du disposant, elle ne figure pas dans son patrimoine. C'est ce qu'oublie M. Savatier (obs. R.T.C. 1936.714), lorsqu'il voit dans l'art. 857 un obstacle majeur à l'analyse du rapport en une charge.

494[3]. Historiquement, la stipulation pour autrui est issue du *modus* de la donation, dont la charge a pris la suite en droit moderne. L'art. 1121 C.civ. indique bien cette communauté, puisqu'il présente la charge au profit d'un tiers comme une application de la stipulation pour autrui.

494[4]. Req. 26 juin 1905, *Guyard*, cité 493[7], et les auteurs cités *supra* 66[2].

494[5]. *V.* pour application: Dahan, *L'imputation des libéralités faites à l'héritier réservataire acceptant*, D.S. 1965 Chr. pp. 167-174, n° 36.

A. — Le rapport, contrepartie intégrale de la libéralité:

496. — Par définition même, le rapport est une prestation dont l'objet équivaut au bien tranféré par le disposant au bénéficiaire de l'avancement d'hoirie. Le but du rapport est d'éviter que le gratifié ne soit avantagé à l'encontre de ses cohéritiers. Or ceux-ci n'ont rien reçu du défunt. Par conséquent le gratifié doit, à l'issue de l'opération de rapport, se trouver dans la même situation que s'il n'avait rien reçu lui-même.

Le rapport est donc la négation de la libéralité. Le transfert opéré trouve exactement son équivalent en sens inverse. Dès lors la disposition n'est plus une libéralité. La qualification d'acte à titre gratuit suppose l'existence d'un avantage objectif. Il faut que le montant de la charge soit inférieur à celui de la prestation principale[1]. C'est cette règle qu'illustre l'exemple bien connu de la clause commerciale, qui prévoit l'attribution d'un bien à l'époux survivant contre indemnité. Lorsque la somme à verser correspond à l'intégralité de la valeur du bien, la clause était nulle comme pacte sur succession future, jusqu'à ce que la loi du 13 juillet 1965 (art. 1390 nouv. C.civ.) ne l'eût expressément validée, à moins qu'elle ne portât sur un élément de la communauté et qu'elle ne fût insérée dans le contrat de mariage, car alors elle était autorisée comme convention matrimoniale; la clause était inapte à bénéficier de l'immunité établie en faveur des institutions contractuelles entre époux, car celles-ci sont des actes à titre gratuit, et la clause est onéreuse[2]. Par contre elle était valable, si l'indemnité n'était que partielle: il y avait alors institution contractuelle avec charge[3].

On est tenté d'objecter à l'exigence de l'infériorité de la charge la validité de certains legs dont les charges absorbent l'émolument.

Il s'agit d'abord d'un legs universel du type de celui d'*Edmond de Goncourt*, dans lequel la charge de fonder l'*Académie Goncourt* retirait tout bénéfice pour les légataires[4]. Mais dans ce genre d'acte, il subsiste pour le légataire l'avantage de recueillir la succession si la charge

---

496[1]. Cf. Dupeyroux, th. cit. 490[1], n° 17 et suivants.

496[2]. *V.* Capitant, *De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux*, Revue Critique 1927 pp. 21-78, n° 1-45; Zimmermann, *Des limites extra-légales à la prohibition des pactes sur succession future en droit français*, thèse Nancy 1935, pp. 186-189; Dupeyroux, th. cit. 490[1], n° 23-25.

496[3]. Il est curieux de noter qu'un auteur, M. Jactat, *Contribution à l'étude de la clause de conservation du fonds de commerce*, Journal du Notariat, 10 mars 1933, a analysé la clause commerciale en une institution contractuelle sans charge, mais rapportable, c'est-à-dire en un type d'avancement d'hoirie. C'était oublier les particularités de l'obligation de rapport, qui ne correspondent pas aux conditions de payement de l'indemnité de prélèvement du fonds.

496[4]. Triv. Civ. Seine 5 août 1897, *Goncourt*, sous l'arrêt d'appel, qui en adopte les motifs: Paris 1[er] mars 1900, G.P. 1900.1.601, S. 1905.2.78.

se trouve révoquée[5]. Cette vocation éventuelle est propre au legs universel, car l'aptitude à bénéficier de la révocation de la charge caractérise la situation de l'héritier testamentaire[6].

Il s'agit aussi du legs particulier dénué d'avantage pour le gratifié: le legs d'une somme d'argent à un prêtre a charge de célébrer des messes à dûe concurrence, ou le legs d'un bien a charge d'en payer le prix, par exemple[7]. Mais, d'une part, la jurisprudence qui admet ces opérations est propre aux legs[8]. Elle semble reposer sur une conception formelle de la gratuité du legs. Les mêmes opérations sont onéreuses si elles interviennent entre vifs. Ces exemples ne sont donc d'aucun secours en ce qui concerne l'avancement d'hoirie entre vifs. Et, d'autre part, la doctrine tend à reconnaître que ces legs sont de véritables actes onéreux[9].

Malgré l'existence de legs sans émolument, le principe reste donc qu'il ne peut y avoir de libéralité sans avantage pour le gratifié. Or le rapport ne semble pas laisser place à un tel avantage dans l'avancement d'hoirie.

497. — Sans doute, il est des cas dans lesquels le montant du rapport ne correspond pas à la valeur réelle du bien.

La situation est fréquente dans le système actuel d'établissement de la somme rapportable. L'estimation légale du bien à la date de la libéralité est presque toujours inférieure à la valeur réelle du bien lors du règlement du compte. Le gratifié se trouve avantagé par rapport à ses cohéritiers[1]. S'agit-il de l'avantage exigé par la qualification d'acte à titre gratuit[2]? Non. Car la différence constatée n'a pas d'existence juridique. De par la volonté du législateur, le rapport légal correspond toujours à la valeur réelle du bien; c'en est l'équivalent exact. Il ne saurait être question de prendre en considération une plus-value qui légalement n'existe pas, surtout si elle provient de la dépréciation monétaire.

496[5]. Jugement précité 496[4]; BEUDANT-VOIRIN, t. VI, n° 10 p. 14; DUPEYROUX, th. cit. 490[1], n° 220, et les références citées par cet auteur.

496[6]. D'ailleurs, comme le remarque M. DUPEYROUX, th. cit. n° 221-222, le legs universel est un acte original. Il est davantage qu'une libéralité: il fait des héritiers testamentaires, des continuateurs de la personne du défunt; en ce sens, il se place en dehors de la distinction entre actes gratuits et actes onéreux.

496[7]. *V.* DUPEYROUX, th. cit. 490[1], n° 229-234.

496[8]. Il est plus aisé d'essayer d'appliquer cette jurisprudence à la clause commerciale qu'à l'avancement d'hoirie. Car on peut qualifier la clause commerciale de donation de biens à venir avec charge; et la donation de biens à venir est fort proche du legs. (Cf. NAST, *La clause de conservation de fonds de commerce*, Revue Critique 1924, pp. 538-539.) L'avancement d'hoirie est le plus souvent une donation de biens présents, immédiatement transférés, fort éloignée du legs.

496[9]. CAPITANT, art. précité 496[2], n° 37; GÉNY, note au S. 1928.2.34, § 1; DUPEYROUX, th. cit. 490[1], n° 235-238.

497[1]. *Supra* n° 129.

497[2]. En ce sens: J. MAZEAUD, étude au R.G.N. 1964 art. 28556, sur Civ. 23 juin 1964, *Lacombe*, n° 6.

Il existe un rapport dont la différence avec la valeur réelle du bien est prise en considération: le rapport forfaitaire. Encore cette « valeur réelle » n'est-elle pas la valeur véritable du bien, mais une valeur de référence que le disposant a considérée comme normale. Dans ce type d'opération, la théorie dominante scinde l'acte en deux: d'une part un avancement d'hoirie, à concurrence du montant du forfait, et d'autre part un préciput, à concurrence de l'infériorité du forfait par rapport à la valeur de référence[3]. L'acte renferme donc une libéralité incontestable. Mais ce n'est pas dans l'avancement d'hoirie qu'elle réside, mais dans le préciput, acte différent, qui y est adjoint. La constatation n'est d'aucun secours pour la découverte de l'avantage de l'avancement d'hoirie.

L'élément matériel de la libéralité n'apparaît donc pas. Cependant le successible accepte l'avancement d'hoirie; celui-ci doit par conséquent présenter un intérêt tangible pour lui. Il faut poursuivre la recherche dans le domaine que peut laisser inexploré la constatation du défaut d'avantage en capital.

B. — Recherche d'un avantage caché :

498. — Le premier mouvement des juristes de tous temps a été, faute de découvrir un avantage en capital, de se rabattre sur le bénéfice des fruits. Depuis que le rapport en valeur a été généralisé, on peut également envisager le profit de l'obtention du bien en nature.

499. — Jusqu'à l'ouverture de la succession du disposant, le successible recueille les fruits de la chose donnée, sans être tenu de les restituer ou d'indemniser la succession en versant les intérêts de sa dette. Il s'agit donc d'un avantage sans contrepartie, apte à conférer à l'avancement d'hoirie le caractère de libéralité.

Cette façon de considérer l'élément matériel de la libéralité en avancement d'hoirie était ambiante dans la doctrine à l'époque où le rapport s'opérait en principe en nature; on voyait en la jouissance anticipée du bien l'intérêt essentiel de l'avancement d'hoirie[1]. Mais nul ne cherchait à y voir l'avantage, composante matérielle de la libéralité. Cette recherche eût été inutile, puisque sous l'empire de la théorie résolutoire l'avancement d'hoirie était une libéralité en capital, comme le préciput; la seule différence était qu'elle risquait d'être résolue. Les fruits constituaient un simple intérêt, au sens vulgaire du terme. Cependant on peut aisément considérer cet intérêt comme un véritable avantage. L'élément matériel ainsi dégagé vaut aussi bien en cas de rapport en valeur qu'en cas de rapport en nature. Aussi certains auteurs le retiennent-ils encore depuis 1938[2].

497[3]. *Supra* n° 157.

499[1]. *Supra* n° 21.

499[2]. Bevin, th. cit. 490[2], p. 123; Meurisse, *Le rapport des donations*, G.P. 1962.2. Doctr. p. 78.

L'obstacle à cette conception de l'avantage de l'avancement d'hoirie est double. D'une part, il existe des avancements d'hoirie n'entraînant pas la jouissance des fruits pour leurs bénéficiaires. Il s'agit d'abord des legs, et ensuite des donations avec réserve d'usufruit, qui sont très fréquentes. Or on n'envisage pas de qualifier ces actes d'onéreux, alors que les autres avancements d'hoirie seraient gratuits. D'autre part, s'attacher exclusivement au bénéfice des fruits conduit à voir dans l'avancement d'hoirie une libéralité portant sur la jouissance du bien, c'est-à-dire à trouver à la disposition un objet différent de celui qu'on lui attribue habituellement.

On ne saurait donc retenir le profit des fruits comme avantage caractéristique du caractère libéral de l'avancement d'hoirie.

500. — L'obtention du bien en nature constitue l'autre intérêt majeur de l'avancement d'hoirie. Cet intérêt, qui était embryonnaire à l'époque du rapport en nature, est devenu essentiel avec la généralisation du rapport en moins prenant. C'est lui qui fait l'utilité de l'avancement d'hoirie. Grâce à l'acte, le donataire ou légataire est assuré d'obtenir tel bien de la succession que le *de cujus* lui destine, quitte à en fournir la contre-valeur.

L'avantage est appréciable, ainsi que le démontre l'acharnement des bénéficiaires de l'attribution préférentielle — dont la physionomie est semblable — à faire reconnaître en justice leur droit d'obtenir le bien contre indemnisation intégrale de leurs cohéritiers. L'obtention en nature du bien constitue également l'avantage de la clause commerciale. Une forte partie de la doctrine soutient à propos de celle-ci qu'il s'agit là de l'élément matériel requis d'une libéralité[1]. Pourtant la contre-prestation correspond exactement à la valeur des biens transférés. La situation est la même en cas d'avancement d'hoirie.

La critique de cette position est aisée. Jamais la Cour de Cassation n'a reconnu le caractère de libéralité à la clause d'attribution du fonds de commerce à charge d'indemnisation de la succession. La jurisprudence est particulièrement ferme. Cette stipulation n'était admise, avant sa validation par la loi du 13 juillet 1965, que si elle était insérée dans un contrat de mariage et portait sur des biens communs; car alors elle constitue une convention de mariage et entre associés, autorisée par l'article 1515 (et l'art. 1511 nouveau) du Code Civil. En dehors de ce cas, elle était nulle comme pacte sur succession future, parce qu'onéreuse[2] et ne bénéficiant pas, par conséquent, de l'immunité des institutions contractuelles entre époux.

500[1]. Nast, art. cit. 496[8], p. 539; Boulanger, *V°. Pacte sur succession future, in* Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Civil, 1953, n° 45.

Rouen 28 oct. 1930, *Maillard*, D. 1931.2.6, note Capitant, S. 1932.2.4.

500[2]. Le caractère onéreux apparaît clairement, même lorsque la clause est valable à titre de convention matrimoniale sur la communauté. Car alors la jurisprudence décide qu'on ne peut lui appliquer la réduction, à laquelle sont soumis les avantages matrimoniaux en présence d'enfants d'un premier lit. Cf. Dupeyroux, th. cit. 490[1], n° 24.

En effet l'avantage entrevu est considéré comme purement subjectif, dénué de réalité économique. Il est éventuel: l'opération sera peut-être profitable à son bénéficiaire, si l'exploitation du bien est satisfaisante. Le profit n'est pas instantané, il est indirect et incertain. Un tel avantage échappe à l'appréciation mathématique, qui seule satisfait au critère de la libéralité[3]. Il n'est pas différent du profit que tout contrat, même onéreux, procure au contractant. Comme l'a relevé le Doyen GENY, cet élément est trop vague pour servir de critère à l'acte gratuit[4].

Le recherche de l'avantage de l'avancement d'hoirie sur ce terrain est vaine. Il ne reste même pas la ressource, exploitée en ce qui concerne la clause commerciale, de scinder l'avancement d'hoirie en deux opérations, dont une gratuite. M. ESMEIN[5], perfectionnant une idée de VAN DEN BOOSCHE[6], estime que la clause commerciale s'analyse en une promesse de vente, gratuite, suivie d'une vente, onéreuse. Ce système, présenté à l'époque où la loi n'autorisait pas expressément la clause commerciale, visait la validation de celle-ci, en lui restituant sa gratuité, car la promesse de vente est un avantage qui normalement se paye[7]. L'analyse ne saurait être transposée en notre matière, car l'avancement d'hoirie est fort différent d'une option conférée au gratifié; nous l'avons déjà noté à propos de la théorie de la vente[8].

501. — Le bilan de la recherche de l'avantage retiré de l'avancement d'hoirie par son bénéficiaire est décevant. La charge du rapport ne laisse subsister aucun profit de nature à justifier la qualification d'acte de disposition à titre gratuit. S'agit-il d'ailleurs d'une charge de libéralité? Un examen attentif en fait douter.

SECTION III

ÉCHEC DE L'ASSIMILATION A LA LIBÉRALITÉ AVEC CHARGE

502. — Il serait peu prudent de se fier à l'échec de la recherche de l'avantage de l'avancement d'hoirie pour rejeter la qualification de libéralité avec charge. Un élément positif peut toujours échapper à l'investigation.

500[3]. BEVIN, th. cit. 490[2], p. 58.

500[4]. GÉNY, note précitée 500[1].

500[5]. ESMEIN, *Sur la clause donnant à un conjoint la faculté de prélever à titre onéreux le fonds de commerce propre à son conjoint prédécédé*, D.H. 1933 Chr. pp. 59-60.

500[6]. VAN DEN BOOSCHE, note à la *Flandre Judiciaire* 1902 p. 456.

500[7]. Cette théorie soulève d'ailleurs des objections, notamment celle de conduire à un simple contrat de bienfaisance et non à une disposition à titre gratuit (BEUDANT-VOIRIN, t. VII, n° 506 p. 319). Elle n'a pas été accueillie par la jurisprudence.

500[8]. *Supra* n° 478.

Par contre la présence avérée d'éléments incompatibles avec l'analyse proposée serait probante. Or tel est le cas. Une opposition topique apparaît clairement entre l'avancement d'hoirie et la libéralité avec charge sur deux points: quant au régime de la réduction et quant à l'existence de l'obligation du gratifié[1].

§ 1. — Opposition des régimes de réduction.

503. — Avant de la confronter avec le régime de l'avancement d'hoirie, il convient de rappeler la technique de réduction des libéralités avec charges.

La donation avec charge est tenue de façon globale pour une libéralité. Mais ce n'est que par l'effet d'une simplification de la qualification, admise traditionnellement[1]. Car, quant au fond, l'acte est mixte, partie onéreux et partie gratuit. Pour obtenir la réduction les héritiers réservataires ne sauraient arguer des apparences; ils doivent établir la gratuité de l'acte qu'ils critiquent. Aussi seul l'émolument après déduction des charges entre-t-il en compte pour le calcul de la réserve; seul l'émolument net figure dans la masse d'établissement prévue par l'article 922 du Code Civil, et la donation n'est réduite que si ce solde excède les possibilités légales[2].

Le legs avec charge présente la même nature intrinsèque. Mais le mécanisme de la transmission testamentaire fait que les biens figurent encore dans la succession lors du décès. Ce sont des biens existants. Et de la coïncidence dans le temps de l'exécution du legs et de sa vérification quant au respect de la limitation du droit de disposer à titre gratuit se dégage le principe de la caducité du legs excédentaire (art. 925 C.civ.). Par conséquent les biens légués sont comptés dans la masse de cacul de l'article 922 pour l'intégralité de leur valeur, sans déduction des charges; et le legs est réduit d'après son émolument brut. S'il est caduc en totalité ou en partie, la réduction se répercute sur la charge, qui s'exécute dans la même mesure que la libéralité[3].

502[1]. On pourrait aussi mentionner l'opposition de droit fiscal: l'avancement d'hoirie est traité comme une donation pure et simple, il est soumis aux droits de mutation à titre gratuit sur la totalité de son objet. Mais le droit fiscal est toujours suspect de particularisme.

En droit civil, d'autres points d'opposition que ceux examinés au texte sont concevables. Mais, faute de se traduire par des pratiques reconnues ou par des décisions de jurisprudence, ils n'apparaissent pas. Il en va ainsi de l'opposition qui pourrait résulter de la nécessité, pour accepter une libéralité avec charge, que le tuteur se munisse de l'autorisation du conseil de famille (art. 463 C.civ.), alors que depuis la loi du 14 déc. 1964 il peut accepter seul une libéralité ordinaire.

503[1]. Ripert et Boulanger, t. 4, n° 3666.

503[2]. Jeantet, *Le droit à la réserve en nature*, thèse Paris 1939, n° 177-178; Catala, *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, th. Montpellier 1954, éd. Paris 1954, n° 213.

503[3]. Jeantet, *op. cit.* n° 179; Catala, *op. cit.*, n° 214.

Dans la donation avec charge, la réduction ne porte donc que sur la différence entre la valeur des biens donnés et le montant de la charge. Et aucune réduction n'est possible si la charge absorbe l'émolument de la donation. Par contre dans le cas du legs, l'existence d'une charge est sans influence.

504. — Or le régime de l'avancement d'hoirie quant à la réduction ne se conforme guère au schéma établi. Sans doute cela n'est-il pas manifeste pour les legs, puisque tous les legs, qu'ils soient assortis d'une charge ou non, subissent le même traitement. Mais les legs en avancement d'hoirie sont exceptionnels. La divergence est flagrante en ce qui concerne les donations.

La donation en avancement d'hoirie figure dans la masse de calcul de l'article 922 pour la valeur des biens qui en font l'objet, avons-nous noté[1]. Or, si le rapport était une charge, équivalente aux biens transférés, la donation ne devrait point entrer en compte.

L'avancement d'hoirie ne préterait pas non plus prise à la réduction. Or il est largement réductible. Il est sujet à restitution à concurrence de la différence entre son émolument global et les possibilités légales[2].

Enfin, si l'avancement d'hoirie était une libéralité avec charge, il ne saurait plus être question de respecter le principe de la réserve en nature. La libéralité avec charge esquive cette règle dans la mesure où elle se place en dehors du champ d'application des mécanismes relatifs à la réserve. Le bien est transmis, et les cohéritiers de l'attributaire bénéficient tout au plus de la charge, qui n'est qu'une compensation en valeur: il n'est pas question de réduction en nature ou par équivalent exact[3]. Or nous savons que l'avancement d'hoirie risque largement la réduction, parfois matériellement, le plus souvent pécuniairement, mais toujours selon des techniques inspirées du principe de la réserve en nature[4]. Et lorsque l'avancement d'hoirie échappe à l'emprise des règles de la réserve, dans la mesure de la part réservée du gratifié, on a conscience du caractère anormal de la situation[5].

505. — Sur le plan du respect de la réserve, les solutions de la jurisprudence relative à l'avancement d'hoirie s'opposent aux conséquences logiques de l'analyse du rapport en une charge, qui semble proposée à la légère.

504[1]. *Supra* n° 169-171.

504[2]. *Supra* n° 71-72.

504[3]. C'est pourquoi M. JEANTET, th. cit. 503[2], n° 178 bis et 252, s'indigne de la qualification de donation avec charge appliquée par certains arrêts à l'avancement d'hoirie rapportable à forfait. Cet auteur estime que de cette annalyse découle la soustraction complète de l'avancement d'hoirie aux règles de la réserve. Mais tel n'est pas le cas: *v.* au texte.

504[4]. *Supra* n° 202-209.

504[5]. *Supra* n° 188-197.

A côté de l'opposition quant à la réduction, on aurait pu aussi soulever la divergence qui semble résider dans la prohibition des charges pesant sur les attributions de réserve aux héritiers. L'avancement d'hoirie est une attribution de réserve; et cependant le disposant impose une charge à l'attributaire! Mais l'obstacle est fictif: il disparaît si l'on considère que le rapport, la prétendue charge, bénéficie à son débiteur, au moins à concurrence de ses droits réservés, et que, d'autre part, le gratifié reçoit le bien en qualité d'héritier *ab intestat*, donc régulièrement, par l'effet de l'inversion de son titre lors de l'ouverture de la succession. Cette inversion relève d'ailleurs de l'opposition fondamentale entre le rapport et la charge, tenant au lien entre l'obligation du gratifié et sa qualité d'héritier.

§ 2. — **Opposition relative à l'existence de l'obligation.**

Les conditions de l'existence de l'obligation de rapport divergent fondamentalement de celles d'une charge.

506. — La caractéristique de l'obligation de rapport est de peser sur le gratifié en sa qualité d'héritier et non en sa qualité de gratifié. Si le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie ne vient pas à la succession du disposant, il ne doit pas le rapport. Cependant il reste gratifié. C'est une curieuse libéralité avec charge que celle dans laquelle l'obligation dépend d'une qualité du débiteur étrangère à la gratification.

Au contraire, pour que le rapport soit dû, il faut que la qualité de gratifié du bénéficiaire s'efface. En effet lorsque le donataire ou légataire devient héritier, son titre d'acquisition subit une inversion. La vocation légale supplante la vocation volontaire. On peut se demander quel est alors le support de la charge. L'anomalie est particulièrement flagrante lorsque la disposition est testamentaire. Car dans ce cas la libéralité n'existe nullement; l'inversion se produit à l'instant même où le legs devrait prendre effet; la qualification de legs appliquée à l'avancement d'hoirie est purement formelle[1]. La libéralité à laquelle la charge doit s'accrocher fait défaut.

507. — L'opposition la plus apparente entre le rapport et la charge tient à la disparition de l'obligation du gratifié en avancement d'hoirie lorsque celui-ci renonce à la succession[1]. Le payement d'une charge ne dépend pas du parti que prend le gratifié quant à la succession du disposant. Or ici la charge prétendue tombe par l'effet de la décision de son

---

506[1]. *Supra* n° 89.

507[1]. SAVATIER, obs. R.T.C. 1936.714; DONNIER, *Quelques incidences de la législation de* 1938 *sur le rapport des libéralités*, thèse Montpellier 1952, p. 94.

débiteur. Pourtant il n'est pas au pouvoir d'un débiteur de se dégager unilatéralement de son obligation; et la charge est par définition une obligation ordinaire, imposée par le disposant au gratifié et acceptée par celui-ci quand il a conclu le contrat de donation ou accepté le legs.

Normalement si le gratifié n'exécute pas la charge dont il est débiteur, les héritiers du disposant peuvent, soit le faire condamner à exécuter en nature ou par indemnité, soit obtenir la révocation de la libéralité pour inexécution des charges[2]. En matière d'avancement d'hoirie, il n'est pas question de sanction: la libéralité devient pure et simple!

On est tenté de répliquer qu'il n'y a pas, à proprement parler, inexécution, mais non-naissance de la charge. Car l'obligation de rapport est soumise à une éventualité. Mais une charge peut-elle être éventuelle quant à sa naissance? Cela est difficile à admettre, car une libéralité avec charge doit former un tout, complet dès sa formation. Et en tous cas l'éventualité ne saurait reposer sur le bon vouloir du débiteur.

508. — L'analyse du rapport en une charge achoppe sur les obstacles techniques. La qualification de libéralité se trouve dès lors désemparée. Car, non seulement on ne voit pas comment lui rattacher le rapport, mais encore l'existence de cette obligation prive la libéralité d'une composante fondamentale: l'élément matériel.

De la libéralité, il ne reste que le régime. Comment concilier ce régime et la défaillance de l'élément essentiel de la qualification? Il semble qu'il faut abandonner l'espoir de trouver un moule préexistant pour l'avancement d'hoirie. L'avancement d'hoirie échappe aux catégories classiques. Il convient de reconnaître son indépendance.

507[2]. *V.* Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, th. Toulouse 1945, éd. Paris 1945, pp. 275 et suiv. et pp. 299 et suiv.

CHAPITRE III

L'AVANCEMENT D'HOIRIE INSTITUTION SUI GENERIS

509. — L'avancement d'hoirie est une opération sur laquelle plane une incertitude, tenant à l'existence d'un élément constitutif fuyant: l'obligation de rapport. D'une part, au moment de la formation de l'acte, on ne sait pas si l'obligation existera: l'opération n'est pas stable, les résultats de l'acte ne se dessinent pas de façon complète. D'autre part, lors de l'ouverture de la succession, si l'obligation de rapport se révèle, le fait qu'elle n'ait pas toujours existé et que son existence dépende dans une large mesure de la volonté du débiteur empêche de rattacher l'acte à une institution connue; par contre, si elle ne se révèle pas, l'avancement d'hoirie devient la plus ordinaire des libéralités.

La recherche de la nature de l'avancement d'hoirie doit s'arrêter d'abord à ce double débouché de l'acte initial, et examiner chacune des branches de l'alternative. Ensuite, il importe de s'efforcer de les réunir dans une institution unique, qui est l'acte d'avancement d'hoirie.

SECTION I : *Le double débouché de l'acte du disposant.*

SECTION II : *Vue synthétique de l'avancement d'hoirie.*

SECTION I

LE DOUBLE DÉBOUCHÉ DE L'ACTE DU DISPOSANT

510. — L'acte du disposant conduit selon les circonstances à deux situations opposées. Le transfert de propriété est ou n'est pas assorti de l'obligation au rapport. Les résultats de l'acte sont totalement différents,

à la fois pour le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie et pour les cohéritiers de celui-ci. L'opération unique, issue de la volonté bien précise du disposant, se dédouble. Elle peut revêtir deux natures. Au départ elle contient deux virtualités: d'une part une opération originale, l'avance successorale, qui réalise sa vocation normale, et d'autre part une libéralité ordinaire.

§ 1. — Une opération originale: l'avance successorale.

511. — Lorsque l'éventualité, qui déclenche l'apparition de l'obligation de rapport, se réalise, conformément aux prévisions du disposant, le mécanisme juridique qui se révèle échappe au classement dans un cadre connu, ainsi que le démontre l'échec de nos tentatives.

Il n'y a pas libéralité, car l'obligation de rapport fait contrepartie à l'enrichissement que le gratifié retire du transfert de propriété opéré. De la sorte l'élément matériel requis de toute libéralité fait défaut. A l'égard du gratifié, il ne s'agit pas d'une disposition à titre gratuit. La libéralité n'existe pas non plus à l'égard des héritiers du disposant, car le rapport efface l'avantage que l'un d'eux a pu prendre temporairement sur ses cohéritiers. Il n'y a guère davantage libéralité à l'égard des tiers, donataires et légataires ultérieurs du disposant; car l'avancement d'hoirie s'impute sur la part de réserve du gratifié, et, si nécessaire, estimons-nous, sur la réserve globale, de sorte que la quotité disponible reste libre pour les libéralités adressées aux tiers. A leur égard la situation est la même que s'il n'y avait pas eu de libéralités antérieures[1], sauf dans le cas, exceptionnel et aux conséquences limitées, où l'avancement d'hoirie excède la réserve globale. Une véritable libéralité se serait imputée en priorité sur la quotité disponible[2].

Si l'avancement d'hoirie déroule normalement ses effets, il n'est incontestablement pas une libéralité.

Pourtant l'avancement d'hoirie n'est pas non plus un acte à titre onéreux. Il échappe à l'analyse en une vente, dont il présente cependant souvent l'apparence. Et ce n'est pas un contrat onéreux inommé, régi par les exigences de forme des libéralités. Car son imputation et sa soumission aux règles de la réduction sont incompatibles avec le caractère onéreux.

512. — L'avancement d'hoirie apparaît comme participant des deux régimes: de celui des actes à titre gratuit, comme de celui des actes à titre onéreux. Mais il ne s'identifie ni à l'un ni à l'autre de ces actes,

---

511[1]. Cela est vrai même si l'acte qualifié *avancement d'hoirie* ne donne pas lieu à rapport, faute de cohéritiers du bénéficiaire. C'est l'un des intérêts de l'avancement d'hoirie en cas d'héritier unique.

511[2]. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1943.3.2430-I. Et cf. Beudant-Voirin, t. VI, n° 159 p. 216; Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, t. 4, n° 1700 et 1703.

car à aucun point de vue il n'est entièrement soumis à leurs régimes respectifs. L'avancement d'hoirie se place en dehors de la classification fondamentale des actes de disposition.

On le comprend si l'on considère la fonction de l'avancement d'hoirie. Il constitue une anticipation sur la transmission de la succession, que le rapport réintègre dans la dévolution successorale normale. L'anticipation est limitée lorsque le rapport s'effectue en nature: elle ne porte que sur l'usage et la jouissance, voire même parfois seulement sur l'usage; le rapport en nature est une technique fort brutale de liaison entre le transfert de propriété et la dévolution de la succession. Par contre le rapport en valeur donne son plein sens à l'idée d'anticipation: nous avons noté qu'il permet l'allotissement anticipé. L'avancement d'hoirie n'est donc pas un acte de disposition véritable; c'est une phase avancée du déroulement de la transmission légale du patrimoine par la dévolution successorale.

L'absence d'acte de disposition se traduit par le titre légal dont bénéficie l'héritier, lorsqu'il s'avère que l'avancement d'hoirie peut remplir sa fonction. Le phénomène est particulièrement manifeste en cas de rapport en valeur: l'attributaire conserve le bien en vertu de sa vocation légale. Le titre volontaire, indispensable à l'acte de disposition onéreux ou gratuit, disparaît ainsi.

513. — L'avancement d'hoirie, ainsi lié à la dévolution héréditaire, est-il un pur instrument d'attribution successorale, une simple technique d'avance sur la succession? La tentation est forte de le croire. Certains auteurs et certains arrêts du XIXe siècle l'ont soutenu. Le résultat de cette opinion est la caducité des avancements d'hoirie adressés à des successibles qui ne viennent pas effectivement à la succession; on ne conçoit pas une avance sur des droits inexistants.

C'est ainsi qu'il a parfois été décidé que lorsque le donataire décède avant le donateur, et sans postérité, c'est-à-dire sans que des représentants viennent à la succession à sa place, l'avancement d'hoirie tombe, plutôt qu'il ne se transforme en une libéralité ordinaire[1]. Une telle caducité est beaucoup plus énergique que le retour légal prévu par l'article 747 du Code Civil, qui respecte les aliénations opérées par le donataire.

Aussi l'unanimité de la jurisprudence s'est-elle rapidement refaite en faveur du maintien de la disposition. Sans doute la considération de la sécurité des tiers a-t-elle joué un rôle important; l'effacement du transfert de propriété ne peut être, dans le domaine du droit de retour, que l'effet d'une convention clairement rédigée[2]. Mais c'est la reconnaissance du caractère excessif de l'analyse de l'avancement d'hoirie en un pur acompte qui a imposé la solution[2].

513[1]. Montpellier 19 nov. 1830, *Coste-Granier*, S. 1831.2.185; D. 1831.2.60.

513[2]. LABBÉ, *Du don en avancement d'hoirie et de son imputation en cas d'acceptation de l'hérédité par le donataire*, Revue Pratique de Droit Français, t. 11, 1861, pp. 209-234, n° 28; *v.* les citations de jurisprudence de cet auteur, *eod. loco* n° 27.

Si l'idée d'avance expliquait pleinement l'avancement d'hoirie, il faudrait aussi refuser de maintenir le transfert de propriété en cas de renonciation de son bénéficiaire à la succession du disposant[3]. D'aucuns soutiennent cette position[4]. L'interprétation traditionnelle de l'article 845 du Code Civil, qui autorise le renonçant à retenir le don ou le legs, ferait erreur.

Mais la jurisprudence actuelle est nette: en cas de renonciation, le transfert de propriété est maintenu; il se produit simplement une substitution de l'imputation sur la quotité disponible à l'imputation sur la réserve[5].

L'acte ne constitue une avance successorale que si l'éventualité à laquelle est soumise l'obligation se réalise. Sinon se dégage le second aspect de l'avancement d'hoirie: une libéralité ordinaire éventuelle.

§ 2. — Une libéralité ordinaire éventuelle.

514. — Lorsque l'éventualité à laquelle est soumise la naissance de l'obligation de rapport ne se réalise pas, l'acte se présente comme une libéralité ordinaire. Si le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie ne vient pas à la succession, l'obligation prévue n'atteint jamais le stade de la perfection. Les effets de l'acte démentent les prévisions du disposant. Des deux éléments techniques constitutifs de l'avancement d'hoirie réussi, transfert de propriété et obligation de rapport, seul le premier subsiste.

Le transfert de propriété s'opère sans contrepartie. L'acte est une véritable libéralité. Le gratifié étant étranger à la succession, la disposition revêt le même caractère que celles adressées à des étrangers dans les mêmes circonstances; réunissant la transmission gratuite des biens et l'intention libérale du disposant, c'est une libéralité ordinaire. Pour la vérification du respect des quotités réservées, la disposition s'impute naturellement sur la quotité disponible, comme toute libéralité.

515. — Lorsque l'obligation de rapport ne naît pas, comme elle ne s'est jamais manifestée avant l'instant où doit se vérifier l'éventualité, l'acte initial s'avère être ce qu'il a toujours paru: une libéralité ordinaire. Les arrêts qui décident l'imputation de l'avancement d'hoirie sur la quotité disponible en cas de renonciation du gratifié, insistent sur ce point[1]. Tout acte qu'on peut qualifier d'avancement d'hoirie lors de sa confection, parce qu'il est adressé à un successible et ne comporte pas de dispense de rapport, a vocation à se révéler libéralité ordinaire.

513[3]. De même en cas d'indignité. Mais le problème est rare en pratique, d'autant plus que l'avancement d'hoirie, traité à ce point de vue comme une libéralité, sera le plus souvent révoqué pour ingratitude (art. 955 C.civ.).

513[4]. Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, T. 4, 1963, nº 1651 et 1704; *v. supra* nº 418.

513[5]. *Supra* nº 42.

515[1]. P. ex. Req. 10 nov. 1880, *Sirieys*, S. 1881.1.97, note Labbé.

Serait-ce donc en ce sens, et en ce sens seulement, que l'acte initial d'avancement d'hoirie est habituellement qualifié de libéralité ?[2].

L'acte initial serait une libéralité, parce qu'il contient une disposition à titre gratuit éventuelle. L'avancement d'hoirie serait un acte d'avance, d'allotissement anticipé le plus souvent, différent d'une libéralité, mais renfermant au départ une virtualité de libéralité. On rendrait ainsi compte à la fois de l'expression « libéralité en avancement d'hoirie » et du régime de libéralité qui caractérise l'avancement d'hoirie à sa naissance. Cet état de choses répondrait à la nécessité de sauvegarder la possibilité pour l'acte de se révéler une libéralité ordinaire.

Il faut reconnaître que cette conception est curieuse. Elle fait reposer certains des aspects essentiels de l'acte — particulièrement son régime de libéralité — sur un avatar qui l'affectera éventuellement plus tard : la non-venue du gratifié à la succession du disposant. Ce serait en vue de préserver le jeu d'une conséquence anormale, non voulue par le disposant, et rare en fait, que l'avancement d'hoirie se comporte initialement comme une libéralité. Cette thèse est inadmissible.

L'idée d'une double nature de l'avancement d'hoirie, avance successorale et véritable libéralité, n'est pas satisfaisante. Les résultats de l'acte sont incontestablement doubles, mais l'acte initial est unique. Il doit donc être possible de prendre une vue synthétique de l'avancement d'hoirie.

Section II

VUE SYNTHÉTIQUE DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE

516. — Il convient de rassembler les éléments communs aux deux physionomies de l'acte d'avancement d'hoirie. Il est acquis qu'ils apparaissent essentiellement à l'époque de la formation de l'acte, alors que les divergences se manifestent au moment du règlement de la succession. Vouloir faire réagir les résultats divergents postérieurs sur la conception de l'acte initial, c'est donc perdre de vue que l'opération se déroule dans le temps. Il est arbitraire de saisir l'avancement d'hoirie à un instant déterminé pour en tirer des conclusions sur sa nature technique. Il faut le considérer pendant tout le temps de sa vie. L'existence d'un élément éventuel invite à substituer une conception dynamique à la conception statique qui conduit à des analyses décevantes. L'avancement d'hoirie est une institution évolutive. Si l'on adopte ce point de vue, l'état des choses se clarifie. Il y a une libéralité initiale, suivie après l'ouverture de la succession d'une division de l'opération en deux branches, dont le choix dépend de la possibilité de résorption de la libéralité dans la dévolution successorale.

515[2]. *Une* donation *rapportable n'est qu'éventuellement une véritable libéralité*, écrit M. Voirin, obs. au J.C.P.N. 1943.2.2430-I.

A. — La libéralité initiale :

517. — L'acte initial est une libéralité véritable, car il présente incontestablement les éléments requis pour cette qualification.

L'obligation de rapport ne naît qu'après la confection de l'acte et seulement éventuellement. La réalisation des circonstances dont elle dépend n'a pas d'effet rétroactif; c'est le propre de l'éventualité. Dès lors, au stade initial, celui auquel s'apprécie la qualification de l'acte, l'élément matériel de la libéralité existe. L'acte de disposition ne comporte pas de contrepartie, il est gratuit.

Quant à l'élément intentionnel, il est impossible de nier son existence. Sinon on ne peut plus rendre compte de la reconnaissance d'une libéralité ordinaire dans l'ensemble de l'opération, au cas où le bénéficiaire de l'avancement d'hoirie ne vient pas à la succession. L'élément intentionnel se manifeste alors au stade final; or, par définition, il est élaboré au moment où s'exprime la volonté du disposant; il existe donc *ab initio*.

Et c'est parce qu'il y a véritable libéralité que la technique de formation, l'apparence générale et le régime des libéralités sont appliqués à l'avancement d'hoirie. Que l'opération reste une libéralité ou voie sa nature affectée par l'obligation de rapport n'a pas d'importance à ce stade. Au départ on ne peut appliquer d'autre régime que celui des libéralités à l'avancement d'hoirie.

Le changement d'aspect de l'acte ne peut survenir qu'après l'ouverture de la succession du disposant.

B. — La résorption dans la dévolution successorale :

518. — A l'époque du règlement de la succession, il peut apparaître que le gratifié vient prendre une part du patrimoine du disposant en qualité d'héritier. Alors la considération de l'égalité entre héritiers *ab intestat*, que le disposant a voulue ou est censé avoir voulue, impose l'intégration de la disposition dans le règlement égalitaire. La libéralité doit se résorber dans la dévolution successorale. L'avancement d'hoirie se présente comme une avance. Le titre d'acquisition du gratifié subit une inversion. La libéralité s'efface. Certes l'avancement d'hoirie subit la réduction dans la mesure où il porte atteinte à la réserve des cohéritiers de son bénéficiaire. Mais un tel traitement est-il indissociable de la qualification de libéralité? La réduction est la seule technique existante de reconstitution des droits réservés des héritiers. On peut concevoir d'y recourir dans un cas où la réserve est entamée par une opération dont le fond est original, mais dont l'aspect extérieur et la structure première sont ceux des libéralités.

Si le gratifié ne devient pas héritier du disposant, l'acte reste ce qu'il a toujours été: une libéralité. Il ne s'agit pas d'un changement de nature de l'avancement d'hoirie; nous sommes en présence du comportement

ordinaire d'une libéralité adressée à un étranger. Il n'est pas possible de résorber le don ou le legs dans une part successorale à laquelle le gratifié n'a pas droit.

519. — L'avancement d'hoirie conforme aux prévisions du disposant se trouve mis en contact avec la transmission de la succession par la naissance d'une obligation envers la succession à la charge du gratifié. De la sorte, la structure de l'acte initial ne se trouve pas bouleversée; elle est simplement complétée par un élément qui en change le résultat. L'élément économique de la libéralité se trouve contre-balancé. La solution est parfaitement adaptée au but visé. Une autre possibilité d'égalisation des parts des héritiers eût consisté à exclure le gratifié de la succession, mais le procédé eût été disproportionné. Sous sa forme la plus perfectionnée, celle du rapport en valeur, l'obligation parvient à sauvegarder l'effet d'allotissement que doit normalement produire une avance: il opère une simple imputation sur la part successorale de l'héritier. Dans le cas du rapport en nature, l'imputation, qui correspond le mieux à l'esprit de l'institution, n'est pas complètement exclue, puisqu'elle joue en ce qui concerne la vérification du respect des règles de la réserve. De toute façon la dévolution successorale légale est parfaitement rétablie.

520. — L'avancement d'hoirie est donc une libéralité véritable, qui, par l'effet des nécessités de l'égalité successorale, a vocation à se résorber dans la dévolution successorale légale. La définition de l'avancement d'hoirie que donnait Labbé, apparaît parfaitement exacte: « une donation qui se confondra, s'il y a lieu, avec les droits du donataire dans la succession du donateur »[1]. L'avancement d'hoirie n'est pas en soi un acte original, mais son évolution en fait un phénomène *sui generis*.

520[1]. Labbé, *op. cit.* 513[2], n° 7.

CONCLUSION

521. — A l'issue de cette étude de sa nature, l'avancement d'hoirie nous apparaît comme un ensemble original, unissant de façon heureuse la disposition libérale et la dévolution successorale. Loin d'être la juxtaposition, resserrée par des circonstances économiques impérieuses, de deux termes incompatibles, l'institution correspond à une organisation cohérente et rationnelle, que la généralisation des règlements comptables n'a fait que révéler. Plaçant la disposition du futur *de cujus* parmi les libéralités, la structure de l'avancement d'hoirie se conforme à la qualification classique de la transmission gratuite de biens, que l'acte constitue lors de sa formation; elle prévient du même coup les risques de l'avenir, la possibilité d'une non-venue du gratifié à la succession, en établissant un cadre de rechange, et elle sauvegarde les droits des cohéritiers à leur réserve en se rattachant à un système éprouvé. Reliant l'initiative du disposant à la dévolution successorale par le rapport, elle établit un lien souple, dont les intéressés peuvent régler la force, et qui aujourd'hui laisse subsister en principe l'allotissement opéré; elle met en œuvre une technique dont l'effet est d'effacer la qualification de libéralité, faisant ainsi de l'avancement d'hoirie réussi une opération essentiellement successorale.

522. — En présence d'une structure adaptée de façon aussi satisfaisante au rôle qu'annonce le terme d'avancement d'hoirie, il n'y a pas lieu de se mettre en quête d'une forme juridique nouvelle. Avec la généralisation du rapport en valeur, l'avancement d'hoirie a trouvé son équilibre: c'est un allotissement anticipé, sans constituer pour autant une forme de disposition spéciale. Le rapport en nature lui-même, devenu exceptionnel, s'est intégré à la nouvelle harmonie, en tant que variante à utilité précise. L'avancement d'hoirie mérite aujourd'hui d'être réhabilité par la pratique. Pourtant son fonctionnement donne lieu à des difficultés, voire à des anomalies choquantes.

523. — Certains traits du régime de l'avancement d'hoirie donnent à penser qu'il existe une distorsion de l'institution entre sa qualification de libéralité et sa fonction d'anticipation successorale. Ainsi, quant à l'imputation, les règles de libéralités voudraient qu'elle s'opérât entièrement sur la quotité disponible; or l'existence d'un allotissement oblige à une solution bâtarde. De même le caractère de pacte sur succession future de la convention d'avancement d'hoirie entrave la liberté que le donateur attend d'une libéralité. Ou encore les boulversements apportés par l'acte à la distribution en nature de la succession surprennent de la part d'un don ou d'un legs.

En réalité l'impression vient d'une méconnaissance de la nature de l'avancement d'hoirie. Parmi les possibilités qu'ouvre le droit des libéralités, la jurisprudence choisit quant à l'imputation la plus inadaptée à l'avancement d'hoirie, faute de saisir les nécessités de l'intégration de la donation dans une opération plus vaste; une telle position risque d'empêcher la renaissance de l'avancement d'hoirie dans la pratique, car l'imputation subsidiaire sur la quotité disponible restreint à l'excès la faculté du donateur de faire des libéralités ultérieures. Quant à l'efficacité de la libéralité en avancement d'hoirie dans le domaine successoral, elle s'impose absolument, faute de quoi l'acte serait inopérant. Il n'en demeure pas moins que le mélange de la libéralité et de l'allotissement crée, comme tout acte mixte, des problèmes délicats.

On reproche parfois à l'avancement d'hoirie la dévolution autoritaire de la part de réserve de l'héritier gratifié, opérée le plus souvent sans que les cohéritiers obtiennent de compensation réelle. Cette transmission est la conséquence logique de la fonction d'anticipation de l'acte. Si elle suscite la critique, c'est surtout à cause du retard des principes de la réserve, demeurés fort stricts, alors que la loi autorise de façon générale les calculs comptables et les imputations (art. 832 al. 3 et suiv., 832-1, 832-2, 866, 1078, 1079 C.civ.), dans le cadre desquels l'avancement d'hoirie s'est toujours placé à ce point de vue; c'est aussi à cause du mode d'établissement aberrant du montant des indemnités pécuniaires depuis 1938.

L'avancement d'hoirie actuel est une source d'inégalités par le calcul légal du montant du rapport, auquel les parties tendent toujours à accorder leur confiance. Mais le phénomène doit être reproché surtout à l'instabilité monétaire contemporaine. D'ailleurs ce n'est pas seulement par l'effet du rapport que l'avancement d'hoirie produit des résultats choquants; c'est aussi à cause du système d'établissement du montant de la réserve (art. 922 C.civ.).

Dans la vie économique actuelle l'instabilité monétaire est un phénomène difficile à exclure. La seule parade efficace est la rectification des modes de calcul des compensations pécuniaires. Il s'impose absolument de fixer à la date du partage, centre du règlement héréditaire, l'évaluation des indemnités successorales, et de modifier en conséquence

les articles 860, 868 et 922 du Code Civil. Une réforme de cet ordre paraît proche; la tendance du législateur est actuellement d'intervenir sur les points où l'instabilité monétaire ne peut être corrigée par la jurisprudence[1].

Au prix de mises à jour, somme toute secondaires, l'avancement d'hoirie est parfaitement apte à remplir le rôle de liaison entre la libéralité et la succession que sa nature lui assure.

VU et PERMIS D'IMPRIMER
Nancy, le 4 Janvier 1966
Le Recteur de l'Académie:

523[1]. Cf. Loi du 17 mai 1960, modifiant les art. 554 et 555 C.civ. et décidant l'évaluation à la date du paiement des matériaux d'autrui utilisés par un propriétaire pour construire sur son propre terrain et le calcul à la date du remboursement de la plus-value résultant des travaux effectués sur le fonds d'autrui; L. du 19 déc. 1961, décidant que les soultes d'attribution préférentielle peuvent être réévaluées; L. du 13 juill. 1963, modifiant l'art. 1094 al. 3, et permettant la substitution d'une rente indexée à l'usufruit du conjoint survivant; L. du 13 juill. 1965 sur les régimes matrimoniaux, modifiant l'art. 1469 et admettant la réévaluation des récompenses...

La réforme du calcul du rapport et de la réserve a fait l'objet d'une proposition de loi au Sénat, adoptée en 1ere lecture par cette assemblée le 24 juin 1965 (J.O. Débats Parl., Sénat, 25 juin 1965, pp. 836 et suiv.).

BIBLIOGRAPHIE

— Seuls sont mentionnés les ouvrages concernant directement le sujet ou ayant une importance indirecte essentielle.

*— Les références précédées du signe * sont celles des ouvrages cités dans nos notes par la seule indication de leurs auteurs.*

— L'indication des éditeurs des ouvrages n'est donnée que pour les publications postérieures à 1950.

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

* AUBRY (Charles) et RAU (Frédéric)
  — *Cours de Droit Civil Français*, 4e éd., t. I et t. VII, Paris 1869 et 1875.
  — *Droit Civil Français*, 6e éd., par Paul ESMEIN, t. X et t. XI, Paris, Librairies Techniques, 1954 et 1956.

BATIFFOL (Henri)
  — *Traité Elémentaire de Droit International Privé*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1959.

* BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel)
  — *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*,
    — *Des Donations entre Vifs et des Testaments*, t. 1, 3e éd., par COLIN (Maurice), Paris 1905.
    — *Des Personnes*, t. 1, 3e éd., par HOUQUES-FOURCADE, Paris 1907.
    — *Des Successions*, t. II et t. III, 3e éd., par Albert WAHL, Paris 1905.

* BEUDANT (Charles)
  — *Cours de Droit Civil Français*, 2e éd., par Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE,
    — t. V bis *La Succession ab Intestat*, par Robert LE BALLE, Paris 1936.
    — t. VI et t. VII *Les Donations entre Vifs et les Testaments*, par Pierre VOIRIN, Paris 1934.

* COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri)
  — *Cours Elémentaire de Droit Civil Français*, t. 3,
    — 8e éd., Paris 1936.
    — 9e éd., par Léon JULLIOT de la MORANDIÈRE, Paris 1945.

COMMISSION DE RÉFORME DU CODE CIVIL
  — *Travaux — Années* 1953-1954 *et* 1954-1955, Paris, Sirey, 1957.

* DEMOLOMBE (Jean-Jacques)
  — *Cours de Code Napoléon,*
    — t. 1, *Traité de la publication, des effets et de l'application des Lois en général,* 4e éd., Paris, 1872,
    — t. 16, *Traité des Successions — tome* 4, 4e éd., Paris 1875,
    — t. 19, *Traité des Donations entre Vifs et des Testaments — tome* 2, 4e éd., Paris 1872
    — t. 23, *Traité des Donations entre Vifs et des Testaments — tome* 6, 4e éd., Paris 1872.

* DE PAGE (Henri)
  — *Traité Elémentaire de Droit Civil Belge*
    — t. VIII-2, *Les Testaments,* Bruxelles 1947, avec complément 1952,
    — t. IX, *Les Successions,* avec la collaboration de René DEKKERS, Bruxelles 1946, avec complément 1952.

JOSSERAND (Louis)
  — *Cours de Droit Civil Positif Français,* t. III, 1ere éd., Paris 1930; 2e éd., Paris 1933; 3e éd., Paris 1940.

LAURENT (François)
  — *Principes de Droit Civil Français,* t. I, XI et XII, 3e éd., Bruxelles-Paris 1878.
  — *Le Droit Civil International,* t. 7, Bruxelles-Paris 1881.

LEPOINTE (Gabriel)
  — *Droit Romain et Ancien Droit Français — Régimes Matrimoniaux, Libéralités, Successions,* Paris, Montchrestien, 1958.

LOCRÉ
  — *La Législation Civile, Commerciale et Criminelle de la France,* t. X, Paris 1827; t. XII, Paris 1828.

MAZEAUD (Henri, Léon et Jean)
  — *Leçons de Droit Civil,* t. 4, 1ere éd., Paris, Montchrestien, 1963.

MERLIN de Douai (Philippe-Antoine)
  — *Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence,* 5e éd., t. V, Paris 1827, et t. XIV, Paris 1828.

NIBOYET (Jean-Paulin)
  — *Traité de Droit International Privé Français,* t. 3, Paris 1944, et t. 4, Paris 1947.

PILLET (Antoine)
  — *Traité Pratique de Droit International Privé,* t. II, Paris 1924.

* PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges)
  — *Traité Pratique de Droit Civil Français,*
    — t. VI, *Les Successions,* par Jacques MAURY et Henri VIALLETON, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1956
    — t. V, *Donations et Testaments,* par André TRASBOT et Yvon LOUSSOUARN, 2e éd., Paris L.G.D.J. 1957;
    — t. IV, *Les Obligations,* par Paul ESMEIN, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1952.

POTHIER (Robert-Joseph)
  — *Traité des Successions,* éd. Bugnet, t. 8, Paris 1861;
  — *Coutumes d'Orléans,* éd. Bugnet, t. 1, Paris 1861.

* RIPERT (Georges) et BOULANGER (Jean)
  — *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol,* t. II, Paris L.G.D.J. 1957, et t. IV, Paris L.G.D.J. 1959.

SAVATIER (René)
  — *Cours de Droit Civil,* t. 3, Paris 1945.

STAUDINGERs
  — *Kommentar zum Bürgerlichen GesetzBuch,* 11e éd., t. V. 1ere partie, *Erbrecht* — §§ 1922-2196, par BOEHMER, LEHMANN et SEYBOLD, Berlin, Schweitzer Verlag, 1954.

TROPLONG (Raymond)
  — *Droit Civil Expliqué, Des Donations entre Vifs et des Testaments,* t. 1 et 2, Paris 1855.

II. — THÈSES ET MONOGRAPHIES

BEVIN (Gilbert)
— *Les nouveaux aspects de la théorie des pactes sur succession future*, thèse Paris 1942.

BIGO (André)
— *Relations du rapport et de la réduction dans les libéralités faites à un héritier réservataire acceptant*, thèse Lille 1937.

BOULANGER (François)
— *Etude comparative du Droit International privé des successions en France et en Allemagne*, thèse Paris 1963, éd. Paris L.G.D.J. (Bibliothèque de Droit Privé,) 1964.

BOULANGER (Jean)
— *Pacte sur succession future*, Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit Civil, t. 3, Paris, Dalloz, 1953.

BRETON (André)
— *Succession*, Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit Civil, t. 4, Paris, Dalloz, 1955.

CATALA (Pierre)
— *Les règlements successoraux depuis les réformes de* 1938 *et l'instabilité économique*, thèse Montpellier 1954, éd. Paris Sirey 1954.

CHAVANNE (Albert)
— *Essai sur la notion de compte en Droit Civil*, thèse Lyon 1947, éd. Paris 1947.

DENNERY (Robert)
— *Le Partage en Droit International Privé Français*, thèse Paris 1935.

DONNIER (Marc)
— *Quelques incidences de la législation de* 1938 *sur le rapport des libéralités*, thèse polyc. Montpellier 1952.
— *Rapport des libéralités*, JurisClasseur Notarial, Répertoire, et JurisClasseur Civil, Editions Techniques, Paris, permanent, parution 1963.

DUPEYROUX (Jean-Jacques)
— *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse Toulouse 1955, éd. Paris, L.G.D.J., 1955.

ESMEIN (Adhémar)
— *De la collatio bonorum et de la collatio dotis, des rapports à succession*, thèse Paris 1872.

JEANTET (Fernand-Charles)
— *Le droit à la réserve en nature*, thèse Paris 1939.

LAMBERT (Edouard)
— *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, Paris 1895,

LEFEBVRE (Charles)
— *Les fortunes anciennes au point de vue juridique*, t. 1, Paris 1912.

LEVEL (Patrice)
— *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, thèse Paris 1959, éd. Paris L.G.D.J. (Bibliothèque de Droit Privé) 1959.

LOUSSOUARN (Yves)
— *Rapport des dons et legs*, Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit Civil, t. 4, Paris, Dalloz 1954.

MAUX (Léon)
— *Contribution à l'étude des pactes sur succession future*, thèse Toulouse 1930.

NAST (Marcel)
— *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, thèse Paris 1905.

PASCAN (Michel)
— *Les pactes sur succession future*, thèse Paris 1907.

PELLEGRIN (André)
— *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse Grenoble 1960, éd. (avec préface de P. HÉBRAUD) Paris L.G.D.J. (Bibliothèque de Droit Privé) 1961.

POPOVILYEFF (Michaïl)
— *Du rapport à succession des libéralités, en droit civil français et européen et au point de vue du Droit International Privé*, thèse Paris 1897.

RIGAUX (François)
— *La théorie des qualifications en Droit International Privé*, thèse d'agrégation, Louvain, éd. Paris L.G.D.J. 1956.

ROUBIER (Paul)
— *Les conflits de lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, 1ere éd., Paris, t.1: 1929, t.2: 1933.
— *Le Droit Transitoire (Conflits de lois dans le temps)*, 2e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960.

SIESSE (Gustave)
— *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, thèse Paris 1922.

SOUM (Henri)
— *La transmission de la succession testamentaire*, thèse Toulouse 1957, éd. Paris L.G.D.J. (Bibliothèque de Droit Privé) 1957.

TERRÉ (François)
— *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris 1957, éd. Paris L.G.D.J. (Bibliothèque de Droit Privé) 1957.

TRONCHON (Mireille)
— *Le partage successoral en droit international privé*, thèse Strasbourg 1938.

VERDIER (Jean-Maurice)
— *Les droits éventuels. Contribution à l'étude d'une formation successive des droits*, thèse Paris 1953, éd. Paris Rousseau 1955.

WAYMEL (Jean)
— *De l'imputation des libéralités faites à un héritier acceptant*, thèse Lille 1933.

ZIMMERMANN (Jean)
— *Des limites extra-légales à la prohibition des pactes sur succession future en droit français*, thèse Nancy 1935.

III. — ARTICLES

BATIFFOL (Henri)
— *Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges* RIPERT, t. 1, Paris 1950, pp. 292-303.

BOULANGER (Jean)
— *Les modifications apportées par la loi du 7 février 1938 aux règles du rapport et de la réduction des libéralités*, D.H. 1938 Chr. pp. 45-48.

BOYER (Louis)
— *Les conflits de lois en matière de rapport des libéralités*, R.C.D.I.P. 1949, pp. 208-263.

CAPITANT (Henri)
— *De l'imputation et du rapport du don en avancement d'hoirie fait à un héritier réservataire qui accepte la succession*, Annales de l'Université de Grenoble, t. 13, 1901, pp. 515-543.

— *L'indivision héréditaire*, 3e partie *Liquidation de l'indivision héréditaire*, Revue Critique 1924, pp. 84-100.
— *De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux*, Revue Critique 1927, pp. 21-78.
— *La prohibition des pactes sur les successions non ouvertes*, Revue Critique 1933, pp. 86-115.

de Caqueray (Gaston)
— *Recherches historiques sur la théorie du rapport*, Revue Historique de Droit Français et Etranger, 1859 pp. 1-43, et 1860 pp. 1-67.

Catala (Pierre)
— *L'article* 866 *du Code Civil et l'attribution de la réserve*, R.T.C. 1960 pp. 391-424.
— *La jurisprudence, gardienne de l'égalité successorale*, D. 1962 Chr. pp. 99-108.

Chevallier (Jean)
— *La loi du* 19 *décembre* 1961 *sur le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle*, J.C.P. 1962.1.1687.

Choteau (Ad.)
— *Le rapport mode unique de réduction des libéralités à un successible*, J.N. 1949 art. 42.741.
— *Du rapport des libéralités*, J.N. 1966 art. 47.683.

Dahan (Moïse)
— *L'imputation des libéralités faites à l'héritier réservataire acceptant*, D.S. 1965 Chr. pp. 167-174.

Defrenois (Jacques)
— *A propos des clauses de rapport forfaitaire dans les donations d'immeubles en avancement d'hoirie*, R.G.N. 1956 art. 27417.

Demogue (René)
— *De la nature et des effets du droit éventuel*, R.T.C. 1906 pp. 231-319.

Depierrois (A.)
— *Rapport*: — I. - *Rapport en moinsp renant. Fixation d'après la valeur de l'immeuble au décès du donateur. Perte ou détérioration par cas fortuit. Mode du rapport.* — II. - *Rapport en nature. Aliénation par le donataire. Mode et montant du rapport*, R.G.N. 1951 art. 26996.
— *Fixation de l'indemnité due en application de l'art* 866 *C.civ...*, R.G.N. 1952 art. 27040.
— *Réduction en nature. Modification survenue dans la valeur du bien donné depuis la donation...* R.G.N. 1952 art. 27110.
— *Donation. Intervention à celle-ci des cosuccessibles du donataire. Cas où elle constitue un pacte sur succession future. Effets de la nullité de celui-ci sur la donation. Validité de celle-ci si elle ne forme pas avec le pacte un tout indivisible*, R.G.N. 1956 art. 27403.
— *Testament. Institution de plusieurs légataires universels. Stipulation que dans la part de certains d'entre eux serait compris un immeuble...*, R.G.N. 1956 art. 27470.
— *Partage d'ascendant... Conversion en libéralité rapportable d'une donation antérieure faite à l'un des enfants par préciput. Fixation du rapport à effectuer du fait de cette conversion, de manière à maintenir l'égalité...* R.G.N. 1959 art. 27781.
— *Donation en avancement d'hoirie à un enfant d'un immeuble ayant augmenté de valeur depuis la donation...*, J. N. 1960 art. 46105.
— *Donation d'un immeuble à successible. Vente par celui-ci... Donation dépassant la quotité disponible. Donataire insolvable. Absence de recours des cohéritiers contre l'acquéreur. Application de l'art.* 930 *C.civ. aux réductions de libéralités à successibles.* R.G.N. 1960 art. 27881.

Desbois (Henri)
— *Des donations de fruits et revenus. Le problème de la restitution éventuelle (rapport, réduction, révocation et résolution, action paulienne)*, La Semaine Juridique 1929, p. 939-951.

— *Commentaire de la loi du 7 février* 1938, D.P. 1938.4.353.
— *Commentaire du décret-loi du 17 juin* 1938, D.P. 1938.4.361.

DESPAX (Michel)
— *Les partages d'ascendant: paix des familles ou guerre de succession*, D. 1959 Chr. pp. 245-252.

DEYZAC (Franck)
— *Commentaire de la loi du 7 février* 1938, *avec appendice concernant le decret-loi du 17 juin* 1938, Recueil Général des Lois, Décrets et Arrêtés, 1938.1.281.

DONNIER (Marc)
— *Remarques sur la conception jurisprudentielle de la prohibition des pactes successoraux*, R.T.C. 1956 pp. 627-654.

ESMEIN (Paul)
— *Les donations de fruits et revenus*, R.G.N. 1934 art. 23958.

HEBRAUD (Pierre)
— *L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux*, in *Le Droit Privé Français au milieu du XXe siècle — Etudes offertes à* Georges RIPERT, t. 1, Paris 1950, pp. 499-523.
— *Des contrats passés entre un futur de cujus et son héritier présomptif*, in *Mélanges offerts à* René SAVATIER, Paris, Dalloz 1965, pp. 341-374.

HOUIN (Roger)
— *Le problème des fictions en Droit Civil*, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, t. 3, Paris Dalloz 1948, pp. 242-252.

LABBÉ (Joseph-Emile)
— *Du don en avancement d'hoirie, et de son imputation en cas d'acceptation de l'hérédité par le donataire*, Revue Pratique de Droit Français, t. 11, 1861, pp. 209-234, 257-279, et 315-324.
— *Du don en avancement d'hoirie et de son imputation*, Revue Pratique de Droit Français, t. 12, 1861, pp. 78-91.

LE BALLE (Robert)
— *Du rapport et de la réduction des libéralités portant sur des fruits ou des revenus*, Revue Critique 1926 pp. 541-574.

MARTY (Gabriel)
— *Les réformes récentes du droit successoral en vue de lutter contre le morcellement de certains biens et spécialement des exploitations rurales à caractère familial (décret-loi du 17 juin* 1938. *Loi du 20 juillet* 1940, *loi du 9 novembre* 1940, J.C.P. 1941.1.182.
— *Observations sur la réduction en valeur*, in *Le Droit Privé Français au milieu du XXe siècle — Etudes offertes à* Georges Ripert, t. 1, Paris 1950, pp. 524-537.

MEURISSE (René)
— *Le rapport des donations*, G.P. 1962.2. Doctr. pp. 77-79.
— *Les interférences du rapport à fin d'égalité et du rapport à fin de réduction*, S. 1962. Chr. pp. 61-64.
— *Une institution à supprimer: le partage d'ascendant*, S. 1963. Chr. pp. 13-17.

NAST (Marcel)
— *De la règle suivant laquelle la réserve doit être fournie en nature à l'héritier*, R.G.N. 1931 art. 22550.

PATARIN (Jean)
— *L'évaluation, suivant l'article 922 du Code Civil, des donations réductibles en nature et en valeur*, R.G.N. 1954 art. 27264.
— *La réduction des donataires rapportables en moins prenant faites à un héritier réservataire acceptant la succession*, R.G.N. 1960 art. 27956.
— *La loi du 19 décembre* 1961 *tendant à éviter le morcellement des biens dans les partages de succession et de communauté*, R.G.N. 1962 art. 28163, 28169, 28179, 28184, 28186, 28188, et 28197.
— *Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la loi du 19 décembre* 1961 *sur le partage et la réduction*, R.T.C. 1962 pp. 421-454.

PINSON (Eugène)
— *Donation-partage ou donation en avancement d'hoirie. Avantages du premier procédé*, R.G.N. 1954 art. 27288.

PRECIGOUT (André)
— *Rapport à succession, valeur au jour de la donation. Inégalité due surtout à la dévaluation de la Monnaie. Rétablissement de l'égalité entre les successibles au moyen de dispositions testamentaires appropriées*, R.G.N. 1957 art. 27567.
— *Rapports à succession. Modification des modalités avant ou après le décès du donateur*, J.C.P.N. 1963.1.1802.
— *Le régime général de l'attribution préférentielle*, J.C.P.N. 1965.1.1914.

ROUAST (André)
— *Du droit de préférence résultant du rapport des dettes*, R.T.C. 1911 pp. 687-718.
— *Les réformes de la législation civile qu'exige la restauration de la famille*, Semaines Sociales de France, Semaine de Grenoble 1923, éd. Paris 1923.

ROUBIER (Paul)
— *L'application dans le temps du décret-loi du 17 juin 1938, modifiant le régime des libéralités et du partage*, J.C.P. 1943.1.326.

SAVATIER (René)
— *L'attribution préférentielle d'une exploitation agricole dans un partage*, R.G.N. 1946 art. 26371.
— *Les libertés de l'ascendant en matière de donation-partage et les limites techniques de la notion de partage d'ascendant*, R.G.N. 1952 art. 27036.

SCHAPIRRA (Jean)
— *Remarques sur le droit de l'héritier réservataire à exiger sa réserve en nature*, Revue Critique 1936 pp. 378-399.

SZLECHTER (Emile)
— *La collatio dotis*, Revue Historique de Droit Français et Etranger 1954 pp. 167-197.

VERNET (Prosper)
— *Des effets de l'acceptation de la succession du donateur par l'héritier réservataire, donataire en avancement d'hoirie*, Revue Pratique de Droit Français, t. 11, 1861, pp. 449-470.
— *Réponse à* M. LABBÉ, Revue Pratique de Droit Français, t. 12, 1861, pp. 93-131.

VIALLETON (Henri)
— *Regards sur quelques problèmes d'organisation successorale*, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, vol. 13, 1ere partie, Rome 1937, pp. 297-321.
— *Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve*, R.T.C. 1940-41, pp. 1-39.

VIATTE (Jean)
— *Partages d'ascendants et donations en avancement d'hoirie*, J. N. 1965 art. 47495.

VOIRIN (Pierre)
— *Commentaire de la loi du 7 février 1938 sur le rapport en moins prenant des donations immobilières, le calcul de la réserve et de la quotité disponible et les partages d'ascendant*, Lois Nouvelles 1938.I. pp. 29-49.
— *La transmission intégrale de l'exploitation familiale depuis la loi du 7 février 1938 sur les partages d'ascendant*, D.H. 1938 Chr. pp. 29-30.
— *Commentaire du décret-loi du 17 juin 1938, tendant à empêcher le morcellement excessif des propriétés par le jeu des partages*, Lois Nouvelles 1938.I. pp. 317-344.
— *L'inégalité en nature dans les donations-partages est-elle aujourd'hui sanctionnée?*, J.C.P. 1951.1.899.
— *La technique du phénix (Commentaire de l'art. 832-2, ajouté au Code Civil par la loi du 19 décembre 1961)*, D. 1962. Chr. pp. 143-146.

VOUIN (Robert)
— *Peut-on concevoir et admettre qu'un aïeul qui donne à son petit-fils lui impose un rapport à la succession de son père?*, R.G.N. 1946 art. 26402.

— *L'application de l'art.* 866 *C.civ. aux donations dispensées de rapport,* R.G.N. 1947 art. 26549,

WEILL (Alex) et MAUS (René)
— *L'attribution préférentielle, par voie judiciaire, d'une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale à caractère familial,* D. 1962 Chr. pp. 65-82.

IV. — COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

ANONYME
— Note D. 1892.2.237.
— Note D. 1906.1.425.

BATIFFOL (Henri)
— Notes S. 1934.1.121; S. 1937.1.289 et 377; S. 1941.1.233; S. 1943.2.49; S. 1951.1.193; S. 1954.1.185.

BECQUÉ (Jacques)
— Obs. J.C.P. 1946.2.3129.

BLIN (Henri)
— Obs. J.C.P. 1954.2.7919.

CARBONNIER (Jean)
— Notes D. 1945.J.171, D.1951.J.706.

CAPITANT (Henri)
— Note D. 1929.2.105.

CAVARROC (R.)
— Obs. J.C.P. 1952.2.6944.

CHARRON (A.)
— Etudes G.P. 1956.1.Doctr. p. 8.

CHASSAGNADE-BELMIN (Paul)
— Note Journal des Notaires 1941 art. 41009.

COSTES (Maurice)
— Obs. J.C.P. 1942.2.2057.

DARESTE (Pierre)
— Rapport S. 1880.1.177.

DELAUME (G.-R.)
— Note S. 1947.1.109.

DEPIERROIS (A.)
— Etude R.G.N. 1955 art. 27357.

DESBOIS (Henri)
— Obs. J.C.P. 1945.2.2892.

DEYZAC (Franck)
— Note Journal des Notaires 1935 art. 38426.

DUMAS (Paul)
— Rapport D. 1936.1.111.

ESMEIN (Paul)
— Notes: D. 1956.J.281, D. 1958.J.208, D.S. 1965.J.341.

FLOUR (Jacques)
— Notes D.C. 1943.J.104 et 1944.J.109.

G.C.M.
— Obs. J.C.P. 1965.2.14245.

GÉNY (François)
— Notes S. 1928.2.33, S. 1930.2.57 et 97.

de JUGLART (Michel)
— Obs. au J.C.P. 1943.2.2197.

Labbé (J.-E.)
— Notes S. 1870.1.329 et S. 1880.2.97.

Lagarde (Paul)
— Obs. J.C.P. 1965.2.14156.

Lalou (Henri)
— Note D. 1949.J.145.

Laurent (Jean-Charles)
— Obs. J.C.P. 1955.2.8495.

J.F. L.C.
— Obs. J.C.P. 1949.2.4652.

P. L.-P.
— Note D. 1946.J.221.

Maguet (Louis)
— Note D.C. 1943.J.32.

de la Marnierre (Edouard-Sallé)
— Note D.S. 1965.J.515.

Mazeaud (Jean)
— Etude R.G.N. 1964 art. 28556.

Meurisse (René)
— Note S. 1963.J.129.

Naquet (E.)
— Note S. 1907.1.217.

Nast (Marcel)
— Note R.D.I.P. 1907.398.

Patarin (Jean)
— Note R.G.N. 1954 art. 27244.
— Obs. J.C.P. 1964.2.13819.

Ponsard (André)
— Note D. 1947.J.363.
— Obs. J.C.P. 1958.2.10582.

Raison (André)
— Notes Journal des Notaires 1958 art. 45651, 1959 art. 45960, 1961 art. 46485, 1965 art. 47337 et 47487.

Savatier (René)
— Commentaires R.T.C.: 1925.398; 1926.205; 1936.714; 1940-41.623; 1943.55; 1947.451; 1952.89 et 250; 1955.349; 1956.167; 1962.141 et 143; 1965.158.
— Notes D. 1954.J.749, 1962.J.217, 1963.J.217.
— Obs. J.C.P. 1951.2.6056.

Vialleton (Henri)
— Obs. Revue Critique 1926.59.
— Note S. 1929.1.137.
— Note D. 1955.J.305.

Voirin (Pierre)
— Obs. J.C.P. 1940.2.1583; J.C.P. 1941.2.1655 et 1700; J.C.P. 1943.2.2129 et 2342; J.C.P.N. 1943.2.2430; J.C.P.N. 1944.2.2519; J.C.P. 1944.2.2572; J.C.P. 1946.2.2937; J.C.P.N. 1946.2.3287; J.C.P.N. 1948.2.4458 et 4589;
— Obs. au J.C.P.N. 1950.2.5679; J.C.P. 1952.2.6881; J.C.P.N. 1952.2.6988; J.C.P. 1953.2.7760; J.C.P. 1954.2.8017; J.C.P.N. 1954.2.8129; J.C.P. 1956.2. 9041 et 9457; J.C.P. 1957.2.10.005; J.C.P. 1958.2.10785;
— Obs. au J.C.P. 1960.2.11875; J.C.P. 1961.2.11969; J.C.P.N. 1961.2.12324; J.C.P. 1962.2.12491; J.C.P. 1963.2.13160 et 13201.
— Note D.S. 1965.J.119.

Wahl (Albert)
— Notes S. 1902.1.177, S. 1908.1.17, S. 1913.1.41.

INDEX DES TEXTES LÉGISLATIFS

(Les chiffres renvoient aux N^os^ et non aux pages)

CODE CIVIL

articles

2 259
203 315
463 ..... 502[1]
511 1
549 26
585 22
588 22
739 421
744 421
782 ..... 417, 421
785 42
788 424
791 317
815 al. 1 et 2 112
815 al. 3 et suiv. 100, 115, 118
826 ..... 97, 113
830 ..... 63, 96, 447-448
832 ..... 97, 100, 113
832 al. 1. et 2 100
834 97
843 ..... 32, 313, 417
844 ..... 38, 68
845 ..... 26, 42, 277, 418, 513
846 ..... 253, 277, 315, 417
847 421
848 421
850 315
852 315
855 ..... 33, 134, 369, 393
856 ..... 21, 23-26, 315, 368, 376, 401, 438.
857 ..... 37, 46, 56, 170, 277, 297-298, 315, 371, 376, 394, 440, 485.
859 anc. 33

859 nouv. 62, 412
860 anc. 33, 134, 370, 392
860 nouv. 142-143, 148, 314
862 ..... 22, 366
863 ..... 366, 388, 402
865 365
866 anc. 68
866 nouv. 69, 74-75, 183-184, 201, 207
868 297
883 362
884 235
904 251
907 482
908 482
909 482
918 ..... 38, 68, 352
919 ..... 38, 316, 435
920 ..... 41, 187
921 ..... 46, 56
922 ..... 168-180, 206, 460[5], 503
923 187
924 ..... 74, 183-184
925 187
930 201
931 482
945 418
946 45
948 482
953 494
954 494
968 249
995 482
1017 239
1021 249
1046 ..... 241[1], 418
1074 al. 4 ..... 72, 290, 291[2]
1075 ..... 212-252, 248, 251
1076 245
1077 ..... 217, 219[2], 227, 241, 246
1078 ..... 235, 245, 346
1078 al. 2 ..... 220[2]
1078 al. 3 246
1078 al. 4 220
1079 ..... 220, 245-246
1080 ..... 246, 250
1083 297
1086 ..... 45, 485
1097 anc. 250
1121 426
1122 428
1126 352
1130 ..... 321, 326, 328
1134 ..... 316, 408
1138 444-445
1147 ..... 413[5]
1153 438
1166 ..... 424, 440

1189 410
1190 410
1193 ..... 410[2]
1285 435
1302 ..... 369[2], 393, 402, 445
1389 324
1390 nouv. 496, 500
1422 249
1423 249
1440 476
1547 476
1582 460
1893 458
1903 458
2092 277
2094 449
2103-3° 201, 235-236
2109 ..... 201, 235-236
2147 201
2279 ..... 370[1], 373, 391

LOIS ET DÉCRETS

L. 17 nivôse an II 15, 286
D. 9 fructidor an III 15
L. 18 pluviôse an V 15, 286
L. 4 germinal an VIII 15
L. 31 mai 1854 (art. 3) 251, 482
L. 24 mars 1898 32
L. 12 juillet 1909 100
L. 13 juillet 1930:
— art. 37 402
— art. 66 428
— art. 64 ..... 426[7]
— art. 68 ..... 164[1], 458
L. 13 février 1937 ..... 100, 118
L. 7 février 1938 ..... 60-66, 216, 259, 413
D.L. 17 juin 1938 ..... 60-66, 74-76, 128, 259
L. 29 juillet 1939 (art. 67) 234
D. 4 janvier 1955 (art. 28-2°) ..... 370[2]
L. 20 mars 1956 (art. 6) 234
Ord. 30 décembre 1958 (art. 79) 137
L. 5 août 1960 ..... 119[19], 234, 317[4],
L. 19 décembre 1961 ..... 74-75, 100-102, 115-121, 209
D. 7 octobre 1963 ..... 1[1]
L. 6 novembre 1963 250
L. 14 décembre 1964 ..... 502[1]

CODE GÉNÉRAL DES IMPOTS (C.G.I.)

art. 670 234
art. 708 234
art. 710 ..... 234[4]

art. 766 ..... 474[1]
art. 774-I 234
art. 786 ..... 217[2], 234

DROIT LOCAL D'ALSACE-LORRAINE

Loi du 1er juin 1924:
— art. 38 ..... 370[2], 412[9]
— art. 40 ..... 201[6]
— art. 41 ..... 201[6]
— art. 44 ..... 201[6]
— art. 47 ..... 201[6]
— art. 73 ..... 33[3]
— art. 136 ..... 257[3]
Décret du 18 novembre 1924 (art. 25) ..... 370[2]
Décret du 4 janvier 1955 (art. 52) ..... 201[6]

CODE CIVIL ALLEMAND (B.G.B.)

§ 2055 133
§ 2056 ..... 63[2]

CODE CIVIL SUISSE

art. 608 al. 3 83

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux N^os^ et non aux pages)

— A —

ACTION *de in rem verso*: 458.
ALÉA: 162.
ALLOTISSEMENT: 77-83, 96-99, 215, 512-513.
ARRÊTS:
— *Balthazard:* 57.
— *Bénédictine-Le-Grand:* 129, 177, 179.
— *Berthier de Wagram:* 83.
— *Garcia:* 281.
— *Gougay:* 220, 228-229, 232, 493.
— *Lacombe:* 44-46.
— *Lavialle:* 42.
— *Moreau:* 306.
— *Mourgues et Castille:* 42.
— *St-Arroman:* 170.
— *Schwindenhammer:* 246, 290, 291.
ASSURANCE: 402, 426[7], 428, 458.
ATTRIBUTION PRÉFÉRENTIELLE: 100-102, 114-124.
AVANCEMENT D'HOIRIE (terme): 1.

— B —

BATIFFOL: 260, 267, 305.
BÉNÉFICIAIRES:
— du rapport: 422-428.
— limitation des bénéficiaires du rapport: 37, 46, 56, 277, 371, 394, 485.
— limitation des bénéficiaires de la réduction: 46, 56.

— C —

CAPACITÉ: 251, 482.
CATALA: 75.
CAUSE: 161, 431-432.
CHARGE: 493-507.
CLAUSE:
— commerciale: 486, 496, 500.
— pénale: 113, 249.
COLLATIO:
— *bonorum emancipati:* 8.
— *descendentium:* 10.
— *dotis:* 9.
COMPENSATION: 439-440, 450.
COMPTE: 441-442, 451.
CONFLITS DE LOIS:
— principes: 256-263.
— dans le temps: 257-260, 285-291, 300-306, 318, 377, 402.
— dans l'espace: 261-263, 281-284, 318, 453.
CONFUSION: 439.
COUTUMES: 12-14.
CUMUL: 42.

— D —

DONATION ENTRE ÉPOUX: 250, 339, 475.
DONATION-PARTAGE:
— en général: v. partage d'ascendant.
— rapport anticipé: 317.
— pacte sur succession future: 317, 332, 335, 345-346,
DOT: 25, 45, 439.
DROIT:
— coutumier: 12-14.
— écrit: 11.
— intermédiaire: 15.
— romain: 7-11.

DROIT ÉVENTUEL: 336, 434-435.
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ: 261-263, 281-284, 453.
DROIT DE PRÉFÉRENCE: 446, 449-451.

— E —

ÉGALITÉ:
— en nature: 94-125.
— en valeur: 126-166.
ENREGISTREMENT: 234, 474.
ÉPOUX: 249-250.
ERREUR: 161.

— F —

FACULTÉ D'ÉLECTION: 106, 192.
FLOUR: 272.
FONGIBILITÉ: 404.
FRAIS D'ENTRETIEN ET D'ÉDUCATION: 315.
FORFAIT: 145-165, 314.
FRUITS:
— perception: 22.
— rapport: 23-27, 315, 368, 376, 381.

— G —

GARANTIE: 235-236, 239, 476.

— H —

H.L.M.: 100.
HÉRITIER UNIQUE: 37, 217[4].
HISTORIQUE: 6-15.

— I —

IMPUTATION:
— problème: 35-37.
— sur la part de réserve du gratifié: 38-42, 486.
— subsidiaire: 43-57.
* sur la quotité disponible: 44-51, 54-56, 200.
* sur la réserve globale: 52-57, 200-201, 402.
— effets sur l'égalité: 139, 238.
— effets sur l'attribution de la réserve: 181-197, 200-201.
INCOMMUTABILITÉ: 63-66.
INDEXATION: 137.
INDIVISIBILITÉ: 353.
INSTITUTION CONTRACTUELLE: 290, 295, 297, 339, 447[2].
IRRÉVOCABILITÉ: 45, 55, 65-66, 169, 386, 485

— J —

JOUISSANCE ANTICIPÉE: 21-27.

— L —

LA MARNIERRE (de): 141.
LÉGATAIRE UNIVERSEL: 315.
LEGS:
— d'attribution: 87, 110.
— de bien rapportable: 395.
— de faculté d'acquérir: 465.
— caractère dévolutif ou distributif: 83.
— sans émolument: 496.
— rapport: 32, 83.
LEVEL: 258, 305.
LIBÉRALITÉS:
— charge: 493-507.
— composantes: 487-492, 495-501.
— existence: 495-501, 511, 514-515, 517.
— régime: 481-487.
LOIS:
— dispositives: 277-278.
— interprétatives: 259, 301.
— supplétives: 279, 302, 304.

— M —

MAINTIEN DE L'INDIVISION: 112, 115, 118.

— O —

OBLIGATION DE RAPPORT: 400-455.
— cause: 431-432.
— exécution: 443-451.
— formation: 433-435.
— objet: 401-413.
— parties: 414-428.
— régime: 436-442.
— transmission: 419-421, 428, 439.
OBLIGATION ALTERNATIVE: 410.

— P —

PACTE SUR SUCCESSION FUTURE:
— critère technique: 326-346.
— existence: 308-356.
— manifestations: 165, 171, 243, 313-319, 420.
— notion courante: 320-325.
PARTAGE:
— attribution préférentielle: 100-102, 114-124.
— égalité en valeur: 126-166.
— égalité en nature: 96-113.
— effet déclaratif: 362, 365, 375.
— privilège: 236-239.
— rescision: 236.
PARTAGE D'ASCENDANT:
— en général: 212-252.
— assouplissement: 216-220.
— critère: 228-233.
— conflits de lois: 275, 297.
— équivalence avec l'avancement d'hoirie: 221-227.
— équivalence avec le préciput: 227.

— lésion: 245-246, 346.
— opposition avec l'avancement d'hoirie: 224-251.
— pacte sur succession future: 345-346.
— régime: 224-251.
— réserve: 171, 194, 245-246.
— titre légal: 85, 88.
PATARIN:: 187, 197.
PELLEGRIN: 238, 241[1], 245.
PRÉCIPUT:
— allotissement: 79.
— approbation: 352.
— imputation: 197.
— pacte sur succession future: 309-310, 349, 352, 355, 356.
— réduction: 183, 197.
— renonciation: 349.
— réserve: 177.
— stipulation: 316.
PRESCRIPTION: 439.
PRÊT: 23, 458.
PRIVILÈGE:
— du copartageant: 201, 236, 238-239, 449.
— du vendeur: 469, 476.

— Q —

QUALIFICATION: 256, 258-263, 270-307.

— R —

RAPPORT:
— analyse: v. obligation de rapport.
— choix du mode: 406-413.
— convention sur ...: 316, 348-354.
— créancier: 422-428.
— débiteur: 417-421.
— exécution anticipée: 317.
— fondement de l'organisation: 264-269.
— à la succession d'autrui: 315, 423[3].
RAPPORT, mode unique de réduction des libéralités à successibles: 68-69, 183-184.
RAPPORT des dettes: 449, 454-455.
RAPPORT EN MOINS PRENANT:
— analyse résolutoire: 372-383.
— exécution: 63, 447-451.
— fondement: 265, 268-269.
— généralisation: 61-62.
— montant légal: 62, 127-144. 266, 268-269, 407, 412.
— montant convenu: 137.
— montant réévalué: 140-144, 409.
— montant forfaitaire: 145-165, 314.
— objet: 403-405.
RAPPORT EN NATURE:
— aliénation du bien: 134, 370, 392, 413.
— analyse résolutoire: 330, 360-371, 385-389.
— conflits de lois: 259, 281.
— critique: 61.
— effet sur la réserve: 174.
— exécution: 446-447.
— fondement: 265.
— des meubles: 407.
— objet: 402.
RAPPORT ET RÉDUCTION: 68-76.
RÉDUCTION:
— calcul: 206-209.
— conflits: 258.
— domaine d'application: 70-72, 200.
— interférence avec le rapport: 68-76.
— mode: 73-76, 203-205, 503-505.
— pacte sur succession future: 333, 344.
RÉFORMES:
— de 1938: 60-66, 267, 269.
— du mode de rapport: 365, 412.
— du montant du rapport: 136-144, 165, 211.
— projet *Jozeau-Marigné*: 144[2], 257[1-2], 523[1].
REMISE DE DETTE: 435, 441.
RENONCIATION A SUCCESSION: 29-30, 42, 241-242, 418.
RENVOI: 305.
REPRÉSENTATION: 421.
RÉSERVE:
— attribution du gratifié: 181-197.
— attribution des cohéritiers du gratifié: 198-209.
— calcul: 168-180.
— intervention: 486.
— principes: 57, 167.
RÉSOLUTION: 359-399.
RÉUNION FICTIVE: 169-180.
REVENDICATION: 201.
RISQUES: 133-134, 369, 393, 402, 404.
ROUBIER: 258, 377, 382.

— S —

SAVATIER: 141, 232.
STIPULATION POUR AUTRUI: 426-427.

— T —

TITRE LÉGAL DU GRATIFIÉ:
— par avancement d'hoirie: 84-90, 108,
— par partage d'ascendant: 85, 88.

— U —

USUFRUIT: 22, 27.

— V —

VENTE: 460-479.
VOIRIN: 208, 219[2], 220[2], 232.

TABLE DES MATIÈRES

Nos		Pages
	PRÉFACE	XIII à XV
1	INTRODUCTION	1
	1. L'avancement d'hoirie, institution méconnue - 2. négligée à tort. - 3. La notion d'avancement d'hoirie - 4. Problèmes et intérêts d'une étude - 5. Méthode et division de la recherche.	
6	LIMINAIRE — ORIGINES DE L'INSTITUTION	5
7	§ 1 — Droit Romain	5
	8. Collatio bonorum emancipati - 9. Collatio dotis - 10. Collatio descendentium - 11. Droit écrit de l'Ancienne France.	
12	§ 2 — Droit Coutumier	9
	12. Apparition de l'avancement d'hoirie - 13. Réglementation - 14. Bilan de l'Ancien Droit.	
15	§ 3 — Droit Intermédiaire	12
	15. Les lois révolutionnaires - 16. La naissance du Code Civil.	

PREMIÈRE PARTIE

L'AVANCEMENT D'HOIRIE, ALLOTISSEMENT EFFICACE

Examen de l'institution par ses résultats.

17	INTRODUCTION	17
18	TITRE I : *L'AFFINEMENT DE L'INSTITUTION.*	19
19	CHAPITRE PREMIER : L'AVANCEMENT D'HOIRIE CLASSIQUE	20
20	SECTION I : MÉDIOCRITÉ DES EFFETS POUR LE GRATIFIÉ	21
21	§ 1 — *La jouissance anticipée.*	21
	— 21. Classiquement : aspect essentiel.	
	— 22. Rapprochement avec l'usufruit.	
	— 23. Le problème du rapport des fruits :	
	* Les doutes sur la validité de telles stipulations : 23. Rapport des fruits de la chose donnée - 24. Rapport des donations de fruits.	
	* Validité des stipulations : 25. Rejet de l'argument pratique - 26. Fondement de l'art. 856.	

Nos		Pages
	— 27. Faiblesse de la jouissance anticipée comme caractéristique de l'avancement d'hoirie.	
28	§ 2 — *L'embryon d'attribution définitive du bien*	28
29	A) *Le jeu de la renonciation à succession:* ..... 29. Efficacité - 30. Caractère exceptionnel.	28
31	B) *Le jeu du rapport en moins prenant:* ..... 32. Cas des legs - 33. Cas des dons.	30
34	*Conclusion*	33
35	SECTION II: L'IMPUTATION SUR LA RÉSERVE	33
36	§ 1 — *Position du problème* ..... 36. De quoi s'agit-il? - 37. Droit des tiers de demander l'imputation sur la réserve.	34
38	§ 2 — *L'imputation principale* ..... 38. Sur la réserve.	35
39	A) *Le respect de l'intention du disposant:* ..... 39. Usage du disponible, restrictif et limité aux francs avantages - 40. Limite de cet argument.	36
41	B) *L'essence de l'avancement d'hoirie:* ..... 41. Avance sur la succession, donc sur la réserve - 42. Difficulté de l'idée.	38
43	§ 3 — *L'imputation subsidiaire*	40
44	A) *La thèse de l'imputation sur la quotité disponible:* ..... *a*) Arguments: 45. L'irrévocabilité - 46. La limitation des bénéficiaires du rapport - 47. Le bon sens. *b*) 48. Perfectionnement jurisprudentiel. *c*) Critique: 49. L'intention du disposant - 50. Portée de l'argument - 51. Mise hors de cause de la volonté.	41
52	B) *L'imputation sur la réserve globale:* ..... *a*) 53. Argument. *b*) 54. Réfutation des objections: - 55. L'irrévocabilité - 56. La limitation des bénéficiaires du rapport et de la réduction - 57. Appréciation du système.	47
58	*Conclusion*	53
59	CHAPITRE II: L'AVANCEMENT D'HOIRIE RÉNOVÉ.....	55
60	SECTION I: LES MODIFICATIONS LÉGISLATIVES ET LA STABILISATION DE LA PROPRIÉTÉ	56
61	§ 1 — *Modification du mode de rapport.*	56
61	A) *Généralisation du rapport en moins prenant.* ..... 61. Inconvénients du rapport en nature - 62. Buts de la réforme.	56
63	B) *Incommutabilité de la propriété:* ..... *a*) Résultat de la technique du rapport en valeur - 63. Rappel de cette technique - 64. Conséquences. *b*) Indépendance par rapport à l'irrévocabilité des donations: 65. La méprise - 66. Son origine.	58
67	§ 2 — *Influence de la modification du mode de réduction*	61
68	A) *Champ d'interférence du rapport et de la réduction:* ..... *a*) Théorie du rapport mode unique de réduction des libéralités à successible: 68. Exposé - 69. Critique et rejet. *b*) Domaine de la réduction quant aux avancements d'hoirie: 70. Gratifié non réservataire - 71. Réservataire gratifié dans la mesure de sa part de réserve - 72. Réservataire gratifié au delà de sa part de réserve.	62

Nos		Pages
73	B) *Mode de réduction de l'avancement d'hoirie:* ..... 73. En nature en principe - 74. Situation favorable, quant aux personnes, à la réduction en valeur - 75. Ampleur du champ d'application de l'art. 866 C.civ.	67
76	*Conclusion*.....	71
77	SECTION II: LE ROLE D'ALLOTISSEMENT DE LA LIBERALITÉ RAPPORTABLE....	71
78	§ 1 — *L'allotissement, résultat technique* ..... 78. Intégration de l'avancement d'hoirie au partage - 79. Mitigation de l'opposition avec le préciput.	72
80	§ 2 — *L'évolution de la notion d'avancement d'hoirie.*	75
81	A) *Exaltation de la puissance de la volonté de disposant:* ..... 81. Efficacité, esquisse des difficultés.	75
82	B) *Utilisation fonctionnelle de l'avancement d'hoirie:* ..... 82. Donations - 83. Legs, assignations de parts.	76
84	SECTION III: LE TITRE LÉGAL DE L'HÉRITIER RAPPORTANT:	79
85	A) *Cas de la donation en avancement d'hoirie:*..... 85. Inversion du titre.	79
86	B) *Cas du legs en avancement d'hoirie:* ..... 86. Position du problème - 87. Les deux titres concurrents peuvent être retenus - 88. Maintien de la vocation légale - 89. Disparition de l'aspect dévolutif du legs.	80
90	CONCLUSION.....	84
	TITRE II: *LE BOULEVERSEMENT DES PRINCIPES SUCCESSORAUX.*	
	92. Introduction - 93. Plan	85
94	CHAPITRE PREMIER: L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET LA COMPOSITION DES LOTS DE PARTAGE	87
95	SECTION I: LA CONTRADICTION ENTRE L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET LES RÈGLES DU PARTAGE	88
96	§ 1 — *L'inégalité en nature des attributions, contraire au principe de parité.* 96. Disparité des attributions opérées - 97. Maintien du principe de l'égalité en nature dans les partages - 98. Violation de ce principe - 99. Validité incontestée des avancements d'hoirie disparates.	88
100	§ 2 — *La liberté des attributions, contraire aux règles préférentielles des partages* ..... 100. Rappel des règles préférentielles - 101. Mise en échec par les avancements d'hoirie - 102. Validité incontestée de ces avancements d'hoirie.	91
103	SECTION II : FONDEMENT DU POUVOIR EXORBITANT DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE.....	93
104	§ 1 — *La thèse de l'impossibilité technique d'un conflit*	94
105	A) *Le raisonnement classique:* ..... 105. Absence de conflit entre règles de dévolution et de partage - 106. Efficacité douteuse de la volonté en cas d'existence véritable d'un conflit.	94
107	B) *Insuffisance du raisonnement pour l'avancement d'hoirie:* ..... 107. Soustraction de la réserve à la liberté de dévolution - 108. Titre ab intestat du gratifié.	97
109	§ 2 — *Recherche directe d'un principe de justification*.....	99
110	A) *Les raisonnements par médiation:* ..... 110. Tentatives de validation par analogie avec le legs d'attribution ou a fortiori de l'exhérédation.	99

Nos		Pages
111	B) *L'appel au caractère impératif des règles du partage:*	100
112	1) Les principes traditionnels du partage: ..... 112. Le partage forcé - 113. L'égalité en nature.	100
114	2) Les règles préférentielles: ..... *a*) 115. Examen des textes. *b*) 116. Recherche du but de la loi - 117. Intérêts individuels - 118. Intérêt familial - 119. Intérêts sociaux - 120. Enchevêtrement. *c*) 121. Répugnance de la jurisprudence à faire appel au caractère impératif ou non de la loi.	102
122	C) *L'arbitraire législatif:* ..... 123. La disparité est causée par le mode légal de rapport - 124. Mise en échec des règles préférentielles par une jurisprudence fondée sur l'esprit de la loi.	109
125	Conclusion	111
126	CHAPITRE II: L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET L'ÉGALITÉ ENTRE HÉRITIERS	112
127	Section I: Les difficultés issues de l'avancement d'hoirie ordinaire	113
128	§ 1 — *Le déséquilibre né de l'avancement d'hoirie* ..... 128. Origine - 129. Résultats.	113
130	§ 2 — *Les causes de l'inégalité*.....	116
131	A) *L'attribution individuelle de la charge des fluctuations de valeur du bien:* ..... 131. Importance des fluctuations - 132. Mécanisme de la repercussion sur l'égalité.	116
133	B) *Le lien de l'attribution des fluctuations avec le rapport en moins prenant:*..... 133. Relation habituelle entre propriété et risques - 134. Contestation du lien et réfutation - 135. Conclusion.	117
136	§ 3 — *Les remèdes à l'inégalité* ..... 136. L'évaluation du rapport à la même date que les autres éléments de la liquidation.	122
137	A) *Les modifications volontaires du calcul du rapport* ..... 137. Dans l'acte d'avancement d'hoirie - 138. Par des dispositions ultérieures.	122
139	B) *Les effets de l'imputation sur la réserve globale*.....	125
140	C) *Les propositions de réévaluation automatique du rapport:* ..... 141. A l'exemple de la réduction: les méprises tentantes - 142. Intransposabilité de la réduction proportionnelle - 143. Sous l'inspiration du rôle de partage de l'avancement d'hoirie - 144. Par une réforme législative.	126
145	Section II: Les problèmes du rapport forfaitaire	130
146	§ 1 — *Existence et admission du rapport forfaitaire*.....	130
146	A) *La pratique du forfait:* ..... 146. Avant la généralisation du rapport en moins prenant - 147. Depuis lors.	131
148	B) *Admission en droit:* ..... 148. Absence d'obstacle - 149. Admission incontestée.	132
150	§ 2 — *L'originalité des résultats du forfait*	133
151	A) *Différence avec le rapport ordinaire*	133
152	B) *Détermination de la différence avec le rapport normal:* ..... 152. Difficulté d'établissement de la norme - 153. Le disposant peut la choisir - 154. Jeu de l'estimation légale supplétive.	134

Nos		Pages
155	§ 3 — *Les analyses de l'opération*	136
156	A) *L'analyse dichotomique:* ... 157. Dispense partielle de rapport - 158. Caractère artificiel de ce préciput. *b*) Cas du forfait supérieur à la norme: 159. Avantage apparent pour les cohéritiers - 160. Possibilité d'une contrepartie cachée - 161. Sinon, est-ce une erreur? C'est douteux.	137
162	B) *L'appel à l'idée d'aléa*	142
163	§ 4 — *Appréciation générale* ... 164. Nocivité, faiblesse des palliatifs - 165. Technique à supprimer.	144
166	Conclusion	145
167	CHAPITRE III: L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET LES PRINCIPES DE LA RÉSERVE ... 167. Rappel des principes et problème.	147
168	Section I: L'avancement d'hoirie et le calcul de la masse réservée	148
169	§ 1 — *Intervention dans le calcul de la réserve* ... 169. Point bien acquis - 170. Discussion passée - 171. La clause de dispense de rapport fictif.	149
172	§ 2 — *Valeur retenue pour le calcul.*	152
173	A) *Cas de la stipulation de rapport en nature:* ... 173. Thèse de l'évaluation au décès - 174. Discussion.	153
175	B) *Cas de la stipulation du montant du rapport en valeur:* ... 175. Argumentation sur l'intention du disposant - 176. Argumentation sur l'équivalence avec le rapport en nature - 177. Les prétendus dangers de l'imputation sur la réserve calculée conformément à la loi.	154
178	C) *Le caractère d'ordre public du calcul prescrit par l'art.* 922 *C.civ* ... 178. Rappel du principe - 179. Fermeté de la jurisprudence.	157
180	*Conclusion*	159
181	Section II: L'avancement d'hoirie et l'attribution de sa part de réserve au gratifié	160
182	§ 1 — *Le jeu du rapport à concurrence de la réserve du gratifié*	160
183	A) *La tentation d'appliquer la réduction:* ... 183. Arguments - 184. Résultat.	160
185	B) *L'application du rapport:* ... 185. Raisons du rejet de la réduction - 186. Le droit positif - 187. Une prétendue restriction.	163
188	§ 2 — *L'atteinte portée aux principes de la réserve*	166
189	A) *L'absence d'égalité en nature des parts de réserve:* ... 189. Exposé des faits. *a*) Y-a-t-il dérogation aux principes? 190. Thèse négative - 191. Critique - 192. Preuve de la dérogation. *b*) Justification de la dérogation: 193. Autorisation légale - 194. Appuis théoriques.	166
195	B) *L'absence d'égalité en valeur des parts de réserve* ... 195. Le déséquilibre entre coréservataires - 196. Atteinte à la réserve en nature - 197. Impossibilité de réévaluer la part du gratifié.	171

Nos		Pages
198	SECTION III : L'AVANCEMENT D'HOIRIE ET LA RÉSERVE DES COHÉRITIERS	173
199	§ 1 — *Mode d'obtention de la réserve* ..... 199. S'il existe dans la succession suffisamment de biens libres - 200. S'il n'existe pas suffisamment de biens libres - 201. Comparaison des actions dirigées contre le gratifié et contre des tiers	173
202	§ 2 — *Consistance de la réserve obtenue:*	177
203	A) *En qualité:* ..... 203. Principe de la réserve en corps héréditaires - 204. Atteinte à ce principe - 205. Appréciation.	177
206	B) *En quantité:* ..... 206. La réduction proportionnelle - 207. Rappel de la formation de cette jurisprudence - 208. La controverse sur le calcul de la fraction réductible - 209. Appréciation.	178
210	CONCLUSION du chapitre	183
211	CONCLUSION du titre	184
212	TITRE III : *AVANCEMENT D'HOIRIE ET PARTAGE D'ASCENDANT* 212. Introduction.	187
213	SECTION I : CONVERGENCE QUANT A L'EFFICACITÉ	188
214	§ 1 — *Le rôle commun d'allotissement* ..... 214. Avènement de la communauté - 215. Le vague rapprochement en résultant.	188
216	§ 2 — *L'assouplissement du partage d'ascendant* ..... 261. But et effet des réformes de 1938, dégradation des caractéristiques du partage. 1) 217. La pluralité de descendants affectés - 2) 218. La division matérielle des biens - 3) 219. Attributions privatives - 4) 220. Attributions en biens appartenant au disposant et non en soultes.	190
221	§ 3 — *Recoupements et équivalences des deux techniques*	195
222	A) *Les groupes d'avancements d'hoirie, allotissant tous les successibles:* 222. Présentation - 223. Leur inégalité - 224. Difficulté de les distinguer du partage d'ascendant.	196
225	B) *Les avancements d'hoirie limités à certains successibles:* ..... 225. Présentation - 226. Rapprochement jurisprudentiel prématuré avec le partage d'ascendant - 227. Pertinence actuelle du rapprochement.	197
228	§ 4 — *L'inefficacité du critère de distinction*	202
228	A) *Promotion du critère subjectif du partage d'ascendant:* ..... 228. Ruine du critère objectif - 229. Toute-puissance de la volonté du disposant.	202
230	B) *Difficulté de mise en œuvre du critère:* ..... 231. Tentative de qualification par la cause - 232. Tentative de qualification par la technique de l'opération - 233. Fluidité du critère.	203
234	SECTION II : DIVERGENCE QUANT AU RÉGIME ..... 234. Divergence de droit réglementaire.	207
235	§ 1 — *Relations entre bénéficiaires des dispositions:* ..... *a*) 235. Les relations de partage entre bénéficiaires du partage d'ascendant.	209

Nos — Pages

b) Absence des attributs du partage en cas d'avancement d'hoirie: 236. Leur impossibilité - 237. Cas particulier de la sanction de la lésion - 238. Tentative d'imposition du privilège du copartageant sur l'objet de l'avancement d'hoirie.
c) 239. Faiblesse des substituts proposés.

240 § 2 — *Stabilité des opérations* 212
241. Stabilité de l'allotissement - 242. Solidité du règlement successoral - 243. Rigidité de l'aménagement de l'équilibre des attributions.

244 § 3 — *Respect des droits héréditaires des cohéritiers* 215
244. Infériorité du partage d'ascendant déséquilibré non réductible - 245. Légitimité de l'inégalité d'un quart dans le partage d'ascendant - 246. Autres divergences, dues à la réduction spéciale de l'art. 1079 et au colmatage du partage lésionnaire.

247 § 4 — *Hypothèses dans lesquelles un seul des procédés est praticable* 219
248. Nécessité de la relation d'ascendant à descendant dans le partage d'ascendant - 249. Validité des opérations conjugales conjonctives - 250. Traitement de faveur de la donation-partage conjonctive - 251. Capacité requise des parties.

252 Conclusion du titre 224

Seconde Partie

L'AVANCEMENT D'HOIRIE, INSTITUTION ISSUE DE LA VOLONTÉ
Examen de l'avancement d'hoirie par ses sources.

253 Introduction 229

254 TITRE I: *LA PRÉDOMINANCE DE LA VOLONTÉ DANS L'AVANCEMENT D'HOIRIE* 231

255 Section I : Enjeu de l'option sur la qualification de l'avancement d'hoirie 232

256 § 1 — *La solution des conflits de lois* 232

257 A) *Les conflits de lois dans le temps:* 233
257. Le problème - 258. Rappel du principe de solution par la qualification - 259. Caractère nécessaire de la qualification - 260. Caractère suffisant.

261 B) *Les conflits de lois dans l'espace:* 239
261. Le problème - 262. Principe de solution par la qualification - 263. Particularisme des qualifications du droit international privé.

264 § 2 — *L'organisation technique du rapport* 242

265 A) *Signification apparente:* 242
265. Le mode de rapport - 266. Le montant du rapport en valeur - 267. Changement de nature de l'avancement d'hoirie en 1938.

268 B) *Démenti des apparences:* 244
268. Imbroglio technique - 269. Prépondérance des influences extra-juridiques.

270 Section II: Eléments d'une qualification statutaire 245

271 § 1 — *Les résultats de l'analyse doctrinale.* 246

272 A) *Intégration du rapport aux opérations de partage* 246
272. Théorie de M. Flour - 273. Critique.

274 B) *Intégration du rapport à la dévolution successorale:* 249
274. Par les conditions de mise en œuvre du rapport - 275. Par les effets du rapport.

Nos		Pages
276	C) *Caractère dispositif de la réglementation du rapport:* ..... 276. La matière est propice - 277. Explication de règles particulières du rapport - 278. Compatibilité avec l'existence d'un acte volontaire du disposant - 279. Faiblesse de l'analyse.	251
280	§ 2 — *Les indications de la jurisprudence*	253
281	A) *La solution des conflits de droit international privé:* ..... 281. Application de la loi successorale au rapport - 282. Détermination de la masse de rapport - 283. Les conflits mobiles - 284. La circonspection s'impose.	254
285	B) *La solution des conflits de droit transitoire:* ..... 286. La jurisprudence du début du XIXe siècle - 287. Avènement et apogée de la qualification successorale - 288. Allusion à la jurisprudence relative aux réformes de 1938 - 289. Le prétendu revirement de 1957-1958 - 290. La jurisprudence relative à l'avancement d'hoirie intégré dans une institution particulière - 291. La formule actuelle de la jurisprudence.	258
292	SECTION III: PRÉDOMINANCE DU CARACTÈRE CONTRACTUEL	267
293	§ 1 — *La nature hybride de l'avancement d'hoirie*	268
293	A) *Importance de la stipulation originaire*	268
294	B) *Pluralité de qualifications:* ..... 294. Concurrence des caractères successoral et contractuel - 295. Rapprochement avec l'institution contractuelle et la donation-partage.	269
296	C) *Le problème de l'application des qualifications* ..... 297. L'application distributive - 298. Critique - 299. La prédominance d'une qualification.	270
300	§ 2 — *Prépondérance de la qualification contractuelle*	273
301	A) *L'exaltation inefficace de l'origine volontaire de l'avancement d'hoirie en soi:* ..... 301 - Théorie du caractère interprétatif des règles de l'avancement d'hoirie - 302. Théorie du caractère supplétif; inefficacité en soi.	273
303	B) *L'intégration efficace de la volonté dans le contrat de donation:* 304. Les règles du rapport sont relatives au régime d'un contrat - 305 Conséquence quant aux conflits de lois dans le temps - 306. Formule de la jurisprudence.	275
307	CONCLUSION	278
308	TITRE II: *L'AVANCEMENT D'HOIRIE, PACTE SUR SUCCESSION FUTURE* 308. Problème - 309. Extension au préciput - 310. Absence de solution acquise - 311. Plan.	279
312	SECTION I: UNE APPARENCE DE PACTE SUR SUCCESSION FUTURE	281
313	§ 1 — *Intérêt de la qualification de pacte sur succession future* ..... 313. Vanité, puisque le pacte est autorisé? *a*) Contenu des conventions d'aménagement de l'avancement d'hoirie: 314. Le rapport forfaitaire - 315. Les stipulations de rapport en dehors des cas prévus par la loi. *b*) 316. Forme des conventions ..... *c*) 317. Exécution du rapport dans une donation-partage. *d*) 318. Solution des conflits de lois - 319. Efficacité générale du contrat.	281

Nos		Pages
320	§ 2 — *Conformité de l'avancement d'hoirie à la notion de pacte sur succession future*	290
321	A) *Indifférence de l'absence des dangers prohibitifs:* ..... 321. Absence des dangers - 322. Indifférence.	291
323	B) *Indifférence du bouleversement de l'ordre légal des successions:* ..... 323. Rappel de l'efficacité de l'avancement d'hoirie - 324. Incertitude du critère.	292
325	C) *Satisfaction de la notion commune de pacte sur succession future* ...	294
326	Section II: La résistance au critère technique ..... 326. Le critère technique de la jurisprudence - 327. Evidence de l'élément conventionnel - 328. Difficulté de découvrir les deux autres éléments.	295
329	§ 1 — *L'élément successoral:* ..... 329. Définition.	297
330	A) *Le rapport remet-il le bien dans la succession?* ..... *a*) 330. Cas du rapport en nature. *b*) Cas du rapport en valeur: 331. Absence de restitution - 332. Rapprochement avec la donation-partage? - 333. Intervention de l'attribution de la réserve?	298
334	B) *L'intégration intellectuelle du bien à la succession* ..... 334. Par le concept de rapport - 335. Par l'intention des parties.	301
336	§ 2 — *L'élément éventuel* ..... 336. Définition - 337. Mise hors de cause d'un arrêt trop absolu.	302
338	A) *Eventualité quant à l'existence du droit conféré?* ..... 388. Exigences de cette éventualité - 339. Absence d'incertitude dans la transmission du bien - 340. Absence de menace d'anéantissement des droits du donataire - 341. Formule jurisprudentielle.	303
342	B) *Eventualité quant à la consistance du droit?* ..... 342. Exigences de cette éventualité - 343. Stabilité du droit transmis - 344. Non intervention de la réductibilité de la donation.	305
345	C) *Influence de la donation-partage* ..... 345. Similitude de l'avancement d'hoirie - 346. Intransposabilité de la qualification.	307
347	Section III: Certitude de la qualification de pacte sur succession future	308
348	§ 1 — *La qualification jurisprudentielle des conventions relatives au rapport.*	309
349	A) *Les renonciations:* ..... 349. Renonciation à préciput par le donataire - 350. Renonciation à rapport par les cohéritiers.	309
351	B) *Les approbations de rapport:* ..... 352. Nullité de l'intervention des cohéritiers - 353. Nullité de l'aliénation, par indivisibilité.	312
354	C) *La modification du rapport*	315
355	§ 2 — *La qualification nécessaire des conventions créatrices de rapport* .. 355. Comparaison des qualifications des conventions annexes et de la convention principale - 356. Nécessité d'une qualification unique.	316

Troisième Partie

L'AVANCEMENT D'HOIRIE, INSTITUTION AUTONOME

Examen de l'avancement d'hoirie par ses élements techniques.

357	Introduction	323

Nos		Pages
358	TITRE I: *ANALYSE DU RAPPORT*	325
359	CHAPITRE PREMIER: ÉLIMINATION DE LA THÉORIE RÉSOLUTOIRE	326
360	SECTION I: ANALYSE RÉSOLUTOIRE TRADITIONNELLE DU RAPPORT EN NATURE	327
361	§ 1 — *Logique de l'idée de résolution*	327
361	A) *Origine:* ..... 361. La nécessité d'effacer la libéralité - 362. Mise hors cause de l'effet déclaratif de partage.	328
363	B) *Technique de mise en œuvre:* ..... 363. Déclenchement de la résolution - 364. Existence d'une condition résolutoire.	329
365	§ 2 — *Harmonie de l'analyse résolutoire avec les règles légales* ..... 365. Anéantissement des droits réels - 366. Sort des impenses et dégradations.	330
367	§ 3 — *Le problème des règles légales divergentes* ..... 368. Conservation des fruits - 369. Charge des risques - 370. Maintien des aliénations - 371. Exclusion des créanciers et légataires du bénéfice du rapport.	332
372	SECTION II: INCOMPABILITÉ DE L'ANALYSE RÉSOLUTOIRE AVEC LE RAPPORT EN MOINS PRENANT	337
373	§ 1 — *Essais d'explication du rapport en moins prenant par la résolution* .. 373. Influence des réformes de 1938 - 374. L'argument de l'évaluation du rapport à la date de la libéralité - 375. Le titre légal du gratifié - 376. Le rapport des fruits - 377. La solution des questions de conflits, d'imputation, de qualification de pacte sur succession future.	337
378	§ 2 — *Echec de la théorie résolutoire.* ..... *a*) 378. L'obstacle de la conservation du bien. *b*) Inefficacité des arguments présentés: 379. L'évaluation du rapport - 380. L'inversion du titre du gratifié - 381. Le rapport des fruits - 382. La solution des questions de conflits, d'imputation, de pacte sur succession future. 383. Conclusion.	340
384	SECTION III: POSSIBILITÉ DE SUBSTITUER UNE OBLIGATION DE RESTITUTION A LA RÉSOLUTION	345
385	§ 1 — *Faiblesse de l'analyse classique*	345
386	A) *Imperfection de la théorie résolutoire:* ..... 386. L'irrévocabilité des donations? - 387. Les mitigations de la résolution - 388. Le concept de condition.	346
389	B) *Modification de la conception légale du rapport*	348
390	§ 2 — *Pertinence de l'analyse en obligation*	348
391	A) *Adaptation aux règles du rapport en nature:* ..... 392. Le maintien des aliénations - 393. La charge des risques - 394. La relativité du rapport: art. 857 - 395. L'impossibilité de disposer du bien à rapporter - 396. Conclusion.	349
397	B) *Correspondance avec le sens de la loi:* ..... 397. Absence de texte. - 398. Effets des réformes de 1938.	351
399	CONCLUSION.	353
400	CHAPITRE II: STRUCTURE DE L'OBLIGATION DE RAPPORT	354
401	SECTION I: L'OBJET DE L'OBLIGATION	355
402	§ 1 — *Consistance de l'objet*	355
402	A) *Cas du rapport en nature*	355

Nos		Pages
403	B) *Cas du rapport en valeur:* ..... 403. Une somme d'argent - 404. Somme fixée dès la donation - 405. Somme fixée postérieurement.	356
406	§ 2 — *Choix de l'objet*	358
407	A) *Pouvoir du disposant:* ..... *a*) Lors de la formation de l'obligation: 407. Le choix est entier - 408 Il intervient dans la libéralité ou en dehors. *b*) Après l'ouverture de la succession: 409. Les héritiers n'ont pas le choix - 410. Cas de la délégation du choix au gratifié.	358
411	B) *Pouvoir de l'héritier gratifié:* ..... 411. Absence de choix avant l'ouverture - 412. Absence de choix après l'ouverture - 413. Cas de l'aliénation du bien rapportable en nature.	362
414	Section II: Les parties a l'obligation	368
415	§ 1 — *Le débiteur*	368
416	A) *Le gratifié:* ..... 416. Il doit le rapport - 417. La condition d'être héritier - 418. Problème de la renonciation.	368
419	B) *Les ayants-cause du gratifié:* ..... 419. On conçoit la transmission de l'obligation - 420. Cession à titre particulier - 421. Transmission à titre universel.	370
422	§ 2 — *Le créancier*	374
423	A) *Détermination du créancier:* ..... 423. Le disposant? - 424. Les cohéritiers.	374
425	B) *Mécanisme en vertu duquel les cohéritiers bénéficient du rapport:* .... *a*) La stipulation pour autrui: 426. Arguments - 427. Obstacle. *b*) 428. La transmission successorale.	376
429	Section III : Le mécanisme de l'obligation	381
430	§ 1 — *Apparition de l'obligation*	381
431	A) *Cause de l'obligation*: ..... 431. C'est la libéralité - 432. Est-ce l'obligation de « donner » ou la remise de la chose?	381
433	B) *Formation de l'obligation*: ..... 433. Origine dans l'acte libéral - 434. Soumission à une éventualité - 435. Conséquences de l'éventualité.	383
436	§ 2 — *Régime de l'obligation*	385
437	A) *Particularités de l'obligation:* ..... 437. Limitation au rapport en valeur-438. Les intérêts de plein droit-439. L'obligation figée - 440. La balance avec d'autres obligations.	385
441	B) *Explication par l'entrée en compte de l'obligation:* ..... 441. Particularités caractéristiques d'un compte - 442. Intégration au compte d'indivision.	389
443	§ 3 — *Exécution de l'obligation*	391
444	A) *Rapport en nature:* ..... 444. Payement automatique - 445. Naissance d'une obligation de délivrance - 446. Préférence au profit des cohéritiers.	
447	B) *Rapport en moins prenant:* ..... *a*) Mode d'exécution: 447. Le précompte - 448. Caractère obligatoire. *b*) Droit de préférence en résultant: 449. Existence - 450. Fondements proposés - 451. Parenté avec le compte. 452. Conclusion.	392

Nos		Pages
453	CONCLUSION: Originalité de l'obligation de rapport: ..... 454. Particularisme après la naissance de l'obligation: rapprochement avec le rapport des dettes. - 455 Particularisme à la naissance: l'éventualité.	398
456	TITRE II: *SYNTHÈSE DES ÉLÉMENTS DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE* ..... 456. Les deux éléments techniques - 457. Le problème de la réunion de ces deux éléments - 458. Elimination de l'analyse en prêt et du rapprochement avec l'action de in rem verso - 459. Existence de deux institutions de rattachement possibles; plan.	401
460	CHAPITRE PREMIER: AVANCEMENT D'HOIRIE ET VENTE A SUCCESSIBLE ..... 460. Caractère séduisant de l'analyse - 461. Plan.	405
462	SECTION I: STRUCTURES FAVORABLES A L'ASSIMILATION	406
463	§ 1 — *Formation de la vente* ..... 464. Avancement d'hoirie entre vifs - 465. Avancement d'hoirie testamentaire.	406
466	§ 2 *Eléments de la vente* ..... *a*) 466. La chose. *b*) Le prix: 467. Payement au terme du décès - 468. Détermination du montant - 469. Garantie du payement: le privilège.	407
470	§ 3 — *Validité et intérêt de la vente.* ..... 470. Validité - 474. Intérêt.	409
472	SECTION II : OBSTACLES A L'ASSIMILATION	411
473	§ 1 — *Obstacles techniques.* ..... 474. Les règles fiscales - 475. Obstacles quant à la formation du contrat - 476. Obstacles quant aux effets.	411
477	§ 2 — *Obstacle de fond: l'éventualité de l'obligation de l'acquéreur* ... 477. L'acquéreur peut ne pas être tenu du rapport - 478. Incompatibilité avec l'idée de terme ou de condition - 479. Echec de l'analyse en vente.	413
480	CHAPITRE II: AVANCEMENT D'HOIRIE ET LIBÉRALITÉ AVEC CHARGE	415
481	SECTION I: RÉGIME DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE, RÉGIME DE LIBÉRALITÉ....	416
482	§ 1 — *Formation de l'avancement d'hoirie*..... 482. Adoption du moule des libéralités - 483. Caractère non probant.	416
484	§ 2 — *Effets de l'avancement d'hoirie.* 485. L'irrévocabilité - 486. L'application des règles de la réserve - 487. Caractère non probant.	
488	SECTION II: LES ÉLÉMENTS DE LA LIBÉRALITÉ ET L'INTERVENTION DE LA CHARGE	423
489	§ 1 — *Les composantes de la libéralité*	423
490	A) *L'élément intentionnel.*	423
491	B) *L'élément matériel:* ..... 491. Consistance - 492. Possibilité d'une charge.	424
493	§ 2 — *L'idée de rapport-charge* ..... 493. Idée assez répandue - 494. Cohérence de l'analyse.	425
495	§ 3 — *Recherche de l'avantage du gratifié*	427
496	A) *Le rapport, contrepartie intégrale de la libéralité:* ..... 496. Antagonisme du rapport et de l'avantage - 497. Cas où le rapport n'équivaut pas au bien.	428

Nos		Pages
498	B) *Recherche d'un avantage caché :* ..... 499. Le bénéfice des fruits - 500. L'obtention du bien en nature. 501. Bilan négatif de la recherche.	430
502	SECTION III : ECHEC DE L'ASSIMILATION A LA LIBÉRALITÉ AVEC CHARGE	432
503	§ 1 — *Opposition des régimes de réduction* ..... 503. Rappel des principes de réduction des libéralités avec charges - 504. Incompatibilité avec le régime de l'avancement d'hoirie quant à la réductibilité - 505. Quant au respect de la réserve.	433
506	§ 2 — *Opposition relative à l'existence de l'obligation* ..... 506. L'obligation pèse sur le gratifié en qualité d'héritier - 507. Elle disparaît par la renonciation à la succession.	435
508	CONCLUSION.....	436
509	CHAPITRE III : L'AVANCEMENT D'HOIRIE, INSTITUTION SUI GENERIS	437
510	SECTION I : LE DOUBLE DÉBOUCHÉ DE L'ACTE DU DISPOSANT	437
511	§ 1 — *Une opération originale : l'avance successorale.* ..... 511. Originalité de l'avancement d'hoirie réussi - 512. C'est un allotissement - 513. Mais ce n'est pas un pur instrument d'attribution.	438
514	§ 2 — *Une libéralité ordinaire éventuelle* ..... 514. Existence - 515. Conséquence sur la nature de l'acte initial.	440
516	SECTION II : VUE SYNTHÉTIQUE DE L'AVANCEMENT D'HOIRIE ..... 516. Caractère évolutif de l'avancement d'hoirie.	441
517	A) 517. *La libéralité initiale*	442
518	B) *La résorption dans la dévolution successorale :* ..... 518. Intégration au règlement héréditaire - 519. Adaptation de la technique du rapport - 520. Conclusion.	442
521	CONCLUSION ..... 521. Rationalité de la structure de l'avancement d'hoirie - 522. Inutilité d'une forme juridique de substitution - 523. Difficultés et remèdes.	444
	BIBLIOGRAPHIE	447
	INDEX DES TEXTES LÉGISLATIFS	457
	INDEX ALPHABÉTIQUE	461

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris — 1126
Dépôt légal: 1er trimestre 1967

Printed in France

IMPRIMERIE MAISONNEUVE S. A.
386, route de Verdun
57-Sainte-Ruffine
N° 4196 31-12-1966

